

HERMANN BISPINCK

**Die Offenlegungspflicht des Sicherungsnehmers
bei der Sicherungsübereignung**

1964

Die Offenlegungspflicht des Sicherungsnehmers bei der Sicherungsübereignung

INAUGURAL-DISSERTATION
zur Erlangung des
akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die
Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität
zu Münster

vorgelegt von
HERMANN BISPINCK
aus Schwelm (Westf.)

1965

1. Berichterstatter: Professor Dr. Westermann

2. Berichterstatter: Professor Dr. Brox

Dekan: Professor Dr. Fikentscher

Tag der mündlichen Prüfung: 17. Juli 1964



Die Offenlegungspflicht des Sicherungsnehmers
bei der Sicherungsübereignung

<u>Einleitung</u>	1
1. Die Problemkreise bei der SÜ	2
2. Der typische Sachverhalt und seine Erläuterung	3
3. Überblick über den Gang der Untersuchung	6
<u>Erster Teil: Die Offenlegung als Entstehungsvoraus-</u> <u>setzung der SÜ</u>	6
<u>Erster Abschnitt: Die Einteilung der von Westermann</u> <u>genannten Ansatzpunkte zur Begründung</u> <u>einer Offenlegungspflicht</u>	6
<u>Zweiter Abschnitt: Die Offenlegung als Entstehungs-</u> <u>voraussetzung der SÜ</u>	10
<u>I. Die Offenlegung als allgemeine Entstehungsvoraus-</u> <u>setzung</u>	10
1. Die analoge Anwendung der Pfandrechtsvorschriften	10
2. Die SÜ als Verfügung	15
<u>II. Die Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung gegen-</u> <u>über Dritten auf Grund von Rechtsscheinsgesicht-</u> <u>punkten</u>	16
1. Die Ansichten von Schmelzeisen und Paul	16
2. Die Ansicht von Westermann	18
<u>Zweiter Teil: Die Offenlegung der SÜ als Schadens-</u> <u>verhinderungspflicht</u>	19
<u>Erster Abschnitt: Übersicht über die Rechtsprechung</u>	19
1. Die Entscheidungen vor 1932	19
2. Die Grundsatzentscheidungen der Jahre 1932/33	23
3. Die Entscheidungen nach dem zweiten Weltkrieg	28

Zweiter Abschnitt: Die Tatbestände des Kreditbetruges

und der Gläubigergefährdung

	33
I. <u>Die Hauptprobleme in der Rechtsprechung</u>	33
II. <u>Der Kreditbetrug nach § 826 BGB</u>	35
1. Die Verwirklichung durch positives Tun	35
a) Vorsätzlicher Abschluß einer gefährlichen SÜ	35
b) Verheimlichen einer nachträglich gefährlich gewordenen SÜ	38
c) Zusammenfassung	41
2. Die Verwirklichung durch Unterlassen	41
a) Nicht vorsätzlicher Abschluß einer gefährlichen SÜ	41
b) Fall der "mala fides superveniens"	43
c) Zusammenfassung	44
III. <u>Die Gläubigergefährdung nach § 138 BGB</u>	45
1. Das Verhältnis der Gläubigergefährdung nach § 138 BGB zum Kreditbetrug nach § 826 BGB	45
2. Die Verwirklichung durch positives Tun	46
3. Keine Verwirklichung durch Unterlassen	48

Dritter Abschnitt: Die Rechtsgrundlagen der Offen-

legungspflicht beim Kreditbetrug

50

I. <u>Die Rechtsgrundlage der Offenlegungspflicht bei nicht vorsätzlichem Abschluß einer gefährlichen SÜ</u>	50
A) Die Rechtsgrundlage des vorangegangenen Tuns	50
1. Die Rechtspflicht aus vorangegangennem Tun im Strafrecht und Zivilrecht	50
2. Die rechtliche Konstruktion	52
3. Anwendung auf die SÜ	54
B) Die Gefährlichkeit der SÜ	55
1. Geringe praktische Bedeutung der Frage	56
2. Die zu berücksichtigenden Umstände	57
3. Prüfung der Umstände im einzelnen Fall	58

II. <u>Die Rechtsgrundlagen der Offenlegungspflicht bei der "mala fides superveniens" durch Unterlassen</u>	61
A) Die Rechtsgrundlage des Vertrages und der vertragsähnlichen Beziehung (§ 242 BGB)	61
1. Das Verhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger	61
2. Keine vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehungen zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger	63
a) Auslegung des § 242 BGB	64
b) Der soziale Kontakt nach Dölle	66
aa) Darstellung der Ansicht von Dölle	66
bb) Anwendung des sozialen Kontakts auf die SÜ	68
cc) Bedenken gegen die Konstruktion	69
c) Rückläufige Entwicklung nach dem Kriege	71
B) Die Verkehrssicherungspflicht nach Schröer	71
C) Die Rechtsgrundlage des § 826 BGB	74
1. Keine Rechtspflicht zum Tun aus § 826 BGB im Strafrecht	75
2. Rechtspflicht zum Tun aus § 826 BGB im Zivilrecht	77
a) Die zustimmende herrschende Lehre	77
b) Ausführlichere und abweichende Ansichten im Schrifttum	79
aa) Die zustimmende Ansicht Nipperdeys	79
bb) Die ablehnende Ansicht Traegers	80
cc) Die ablehnende Ansicht Huecks	83
c) Eigene Stellungnahme: Bejahung der Rechtspflicht	83
 Vierter Abschnitt: Die praktische Durchführung der =====	
Schadensverhinderung durch =====	
Offenlegung der SÜ =====	87
 Zusammenfassung	89

1. Lehrbücher und Grundrisse

- Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1964
Ennecerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse,
15. Bearb. 1958
Ennecerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen
Rechts, 15. Aufl. 1959 f
Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960
v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. 1958
Heck, Grundriß des Sachenrechts, 1930 (Neudruck)
Hedemann, Sachenrecht, 3. Aufl. 1960
v. Hippel, Deutsches Strafrecht, 1925
Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts II. Band,
Besonderer Teil, 6. Aufl. 1964
Lehmann, Allgemeiner Teil des BGB, 14. Aufl. 1963
Maurach, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Aufl. 1965
Mayer, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1953
Mezger, Strafrecht, 3. Aufl. 1949
v. Tuhr, Der Allgemeine Teil des Deutschen BGB, 1910 ff
Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 9. Aufl. 1965
Westermann, Sachenrecht, Ein Lehrbuch, 4. Aufl. 1960
Wolff-Raiser, Sachenrecht, 10. Bearb. 1957

2. Kommentare

- Baumbach-Duden, HGB, 16. Aufl. 1964
Erman, BGB, 3. Aufl. 1962
Frank, StGB, 18. Aufl. 1931
Leipziger Kommentar, StGB, 8. Aufl. 1957 f
Palandt, BGB, 24. Aufl. 1965

Planck, Kommentar zum BGB

II. Band, 1. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse
Allgemeiner Teil, bearb. von Siber, 4. Aufl. 1914

II. Band, 2. Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse
Besonderer Teil, 4. Aufl. 1928

Reichsgerichtsräte-Kommentar zum BGB

II. Band, 2. Teil §§ 705 - 853 BGB

bearb. von Fischer, Haager, Kreft, Kuhn, Scheffler,
11. Aufl. 1960

Schlegelberger, HGB, erl. von Geßler, Hefermehl, Hildebrandt,
Schröder, 3. Band, 4. Aufl. 1965

Schönke-Schröder, StGB, 12. Aufl. 1965

Schwarz-Dreher, StGB, 27. Aufl. 1965

Soergel-Siebert, BGB, II. Band §§ 433 - 853 BGB,
9. Aufl. 1962

v. Staudinger, Kommentar zum BGB

II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1 b
(§ 242 BGB), erl. von Weber, 11. Aufl. 1961

II. Band, Recht der Schuldverhältnisse, 3. Teil
(§§ 631 - 853 BGB), erl. von Kober, Engelmann, Geiler,
9. Aufl. 1929

III. Band, Sachenrecht, 1. Teil (§§ 854 - 1017 BGB)
erl. von Berg, Ring, Seufert, 11. Aufl. 1956

3. Einzeldarstellungen

Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung, 2. Buch,
2. Abt. 1952

Esser, Grundlagen und Entwicklung der Gefährdungshaftung, 1941

Haegeler, Eigentumsvorbehalt, Sicherungsübereignung, 3. Aufl.
1962

Haupt, Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941

Hedemann, Die Flucht in die Generalklauseln, 1933

ders., Das Volksgesetzbuch der Deutschen, 1941

ders. u.a., Volksgesetzbuch, Grundregeln und Buch I, 1942

Hildebrandt, Erklärungshaftung, 1931

Hueck, Der Treuegedanke im modernen Privatrecht, 1947

Jacusiell, Die SÜ, 3. Aufl. 1932

Lange, Die Entwicklung der Wissenschaft vom bürgerlichen Recht seit 1933, 1941

Lehmann, H., Reform der Kreditsicherung an Fahrnis und Forderungen, 1937

v. Liszt, Die Deliktsobligationen im System des BGB, 1898

Manigk, Neubau des Privatrechts, 1938

Nipperdey, Kontrahierungszwang und diktierter Vertrag, 1920

Paul, Diskontierungsgeschäfte und Treuhand, 1937

Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB, 1899

Schmelzeisen, Das Treupfand, 1936

Serick, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I, Heidelberg 1963

Sichter mann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1957

Stammler, Die Lehre vom richtigen Rechte, 1902

Stehle-Capeller, Das Gläubigerrisiko bei der SÜ, 1953

Stoll, Vertrag und Unrecht, 3. Aufl. 1943

ders., Die Lehre von den Leistungsstörungen, 1936

Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913

Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages, Band II, 1956

Weinhausen, Die SÜ, 4. Aufl. 1932

Westermann, Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 11, 1954

Zahn, Grenzen der Kreditsicherung durch SÜ, 1937

4. Dissertationen

Altenhenne, Die Offenbarungspflicht im geltenden Privatrecht, 1939

Feuerhake, Die Rechtspflichten zum Tun bei Unterlassung im Zivilrecht, 1935

- Fischer, Kollision des verlängerten Eigentumsvorbehaltes der Warenlieferanten mit den Sicherungsmitteln der Geldkreditgeber, 1956
- Lehmann, K.H., Die SÜ als Haftungstatbestand im Verhältnis des Sicherungsnehmers zu geschädigten Dritten, 1935
- Lintaler, Die Verkehrssicherungspflicht, 1940
- Moritz, Die Pflicht zum Handeln bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1941
- Schröer, Verkehrssicherungspflicht für Geldinstitute?, 1953
- Wegerhoff, Grenzen der SÜ, 1955

5. Aufsätze

- Armstroff, Die Schadensersatzpflicht bei Gläubigerbenachteiligung, DJZ 1934, 901
- Barkhausen, Das Verhältnis der Nichtigkeit wegen Knebelung zur Gläubigergefährdung bei der SÜ, NJW 1953, 1412
- ders., Anmerkung zum BGH-Urteil vom 9.7.1953, NJW 1953, 1665
- ders., Anmerkung zum BGH-Urteil vom 2.2.1955, NJW 1955, 1272
- ders., Anmerkung zum BGH-Urteil vom 2.11.1955, NJW 1956, 417
- Bauer-Mengelberg, Mala fides superveniens bei SÜen, JW 1932, 100
- ders., Anmerkung zum RG-Urteil vom 9.4.1932, JW 1932, 2699
- Berges, Zur Sittenwidrigkeit von SÜen, BB 1954, 886
- Borchardt, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.7.1952, NJW 1953, 57
- v. Caemmerer, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 2.11.1955, JZ 1956, 95
- Delius, Die Haftung für Verkehrssicherheit, DJZ 1914, 206
- Dempewolf, Benachrichtigungsvollmacht als Sicherung für Kreditgeber, MDR 1957, 458
- Diepenbruck, Kreditgewährung und der Schadensersatzanspruch dritter Gläubiger auf Grund des § 826 BGB, BA 33, 380
- Dölle, Außergesetzliche Schuldpflichten, ZGesStW 103, 67
- Fechner, Besprechung von Hueck "Der Treuegedanke im modernen Privatrecht", DRZ 1949, 94

- VIII -

Flessa, Sittenwidrigkeit der SÜen, NJW 1953, 84

Flume, Besprechung von Westermann "Interessenkollisionen",
AcP 154, 560

ders., Zur Problematik des verlängerten Eigentumsvorbehaltes,
NJW 1959, 913

Frisius, Zur Frage der Verkehrssicherungspflicht bei öffentlichen Straßen, NJW 53, 886

Gottschalk, Mala fides superveniens bei der SÜ, JW 1902, 1716

Hoeninge, Anmerkung zum RG-Urteil vom 15.11.1930, JW 1931, 515

ders., Mala fides superveniens bei der SÜ, JW 1931, 3060

ders., Anmerkung zum Urteil des OLG Marienwerder vom
29.1.1932, JW 1933, 466

ders., Die Sanierung der SÜ, BA 26, 265

Jacusi, Kreditgewährung als Schädigung Dritter nach der
neuesten RG-Judikatur, BA 31, 393

Koehler, Die Generalklauseln im Neuaufbau des deutschen
bürgerlichen Rechts, SJZ 46, 165

Lange, Generalklauseln und neues Recht, JW 33, 2858

ders., Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung, NJW 1950, 565

Larenz, Culpa in contrahendo, Verkehrssicherungspflicht
und "Sozialer Kontakt", MDR 1954, 515

Lehmann, H., Zum Streit über die Reform der Kreditsicherung,
Zakdr 1939, 228 und 261

ders., Das "faktische" Vertragsverhältnis, IheringsJb 90, 131

Leonhard, Über die Gefahren einer Beseitigung der Verpfän-
dung beweglicher Sachen durch bloßen Vertrag nebst
einem Anhang über die beabsichtigte Beseitigung des
Constitutum possessorium, Gruch 25, 177

Meyer-Cording, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 9.7.1953,
JZ 1953, 664

Münzel, Eigentumsvorbehalt und SÜ, MDR, 1951, 129

Nebelung, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 14.7.1952, NJW 1953, 57

Paulus, Anmerkung zum BGH-Urteil vom 28.5.1951, JZ 51, 686

Rospatt, Zur Haftung des Kreditgebers aus Kreditsicherungen
gegenüber Drittgläubigern, JR 1933, 201

- Rumpf, Kredittäuschungsverträge, LZ 1932, 1274
- Scheer, Das Ende der SÜ als Kreditunterlage?, NJW 1956, 410
- Schmelzeisen, Zur gesetzlichen Gestaltung des Treupfands,
IheringsJb 88, 199
- Schmidt, R., Der Pfandbesitz, AcP 143, 1 und 129
- Schweiger, Die Sittenwidrigkeit der SÜ, MDR 1953, 707
- Siebert, Die "faktische" Gesellschaft, Festschrift für
J.W. Hedemann, 1938, S. 266
- Simonson, Von Kredittäuschungen, BA 32, 41
- Sprengel, Grenzen zulässiger Kreditsicherungen, MDR 1954, 257
- Süß, Außerdeliktische Haftungen, DRW 1942, 185
- Wegerhoff, Zur Prüfungspflicht bei SÜen, Betrieb 1955, 549
- Weinhausen, Anmerkung zum RG-Urteil vom 9.4.1932,
JW 1932, 2703
- Welzel, Zur Dogmatik der unechten Unterlassungsdelikte,
insbesondere des § 330 c StGB, NJW 1953, 327
- Westermann, Anmerkung zu den BGH-Urteilen vom 2.11. und
9.11.1955, JR 1956, 102
- ders., Gesetzliche Regelung der SÜ und des Eigentumsvor-
behaltes? Verhandlungen des 41. Deutschen Juristen-
tages, 1956
- Wolff, Die faktische Gesellschaft, MDR 1952, 535
- ders., Über faktische Vertragsverhältnisse, NJW 1953, 1250
- Wunschel und Neubeck, Globalzession und verlängerter Eigen-
tumsvorbehalt, NJW 1959, 1953

Einleitung

Die Sicherungsübereignung (SÜ) hat, wie vorausszusehen war, seit der Währungsreform im Jahre 1948 in zunehmendem Maße ihre Bedeutung im deutschen Wirtschaftsleben wiedergewonnen¹⁾. Im Zuge dieser Entwicklung sind auch die alten Probleme wieder aufgetaucht, die notwendigerweise mit der Existenz der SÜ verbunden sind. Da sich die SÜ nach einem Ausdruck von Boehmer²⁾ als eine Rechtsschöpfung praeter legem darstellt, ist die Fülle der Streitfragen von jeher besonders groß gewesen.

Über das grundsätzliche Für und Wider ist in erster Linie in den Jahren vor und nach Inkrafttreten des BGB diskutiert worden. Die hier infragekommenden Argumente sind damals und auch späterhin so oft vorgetragen worden, daß auf die einschlägige Literatur³⁾ verwiesen werden darf. Erwähnt sei nur die Tatsache, daß die Verfasser des BGB die grundsätzlichen Vorteile und Nachteile der SÜ durchaus gekannt haben, lediglich die wirtschaftliche Bedeutung konnte von ihnen damals noch nicht vorausgesehen werden.

Die Rechtsprechung der nachfolgenden Jahrzehnte konnte sich den Bedürfnissen der Wirtschaft nach einem besitzlosen Pfandrecht nicht verschließen. Entgegen aller Bedenken hat sie die SÜ für zulässig erachtet, und auch das Schrifttum⁴⁾ hat die gewohnheitsrechtliche Gültigkeit der SÜ anerkannt.

1) Vgl. Lange, NJW 50, 565

2) Grundlagen II/2 S. 143

3) Übersicht über die Literatur: Staud.-Berg § 929 BGB, Anm. 30; Boehmer a.a.O.; Westermann, Sachenrecht, S. 214; Schlegelberger-Hefermehl, HGB, Anhang zu § 368 HGB; Haegele S. 107

4) Heck, Sachenrecht, § 107, Nr. 3; Jacusiel, Die SÜ, S. 23; Weinhausen, Die SÜ, S. 33 ff; Vgl. Hoeniger, BA 26, 265, wo er sich entgegen seiner früheren Auffassung mit der Rechtsbeständigkeit der SÜ abfindet

Hatte der Streit auf diese Weise im Grundsätzlichen sein Ende gefunden, so blieb der Rechtsprechung und Lehre weiterhin aufgegeben, für die rechtliche Ausgestaltung der SÜ zu sorgen, insbesondere ihre mißbräuchliche Anwendung und Ausgestaltung zu unterbinden. Diese Aufgabe ist bis zum heutigen Tage nicht zur Zufriedenheit der beiden Interessengruppen der Geldkreditgeber einerseits und der Warenkreditgeber andererseits gelöst worden.

1. Die Problemkreise bei der SÜ

Um den so entstandenen Fragenkomplex überschaubar zu machen, empfiehlt es sich, ihn in Problemkreise aufzuteilen. Die Einteilung von Schweiger¹⁾ leistet hier gute Dienste. Seiner Ansicht nach sind vier Probleme umstritten:

- "1. Die Anforderungen, die an die Spezialisierung der übereigneten Gegenstände und an die Konkretisierung des Besitzmittlungsverhältnisses zu stellen sind;
2. Die Gefahren, die dem Kreditgeber aus den Gesichtspunkten der mangelnden Offenkundigkeit, der Vermögensübernahme und der Sittenwidrigkeit erwachsen;
3. Das Verhältnis zum Eigentumsvorbehalt und seinen Verlängerungsformen;
4. Die Behandlung in Zwangsvollstreckung und Konkurs."

Die vorliegende Arbeit stellt einen Beitrag zu dem zweiten Problemkreis dar, nämlich zur Frage der mangelnden Offenkundigkeit der SÜ. Um die durch die Undurchsichtigkeit der SÜ entstehenden Gefahren zu beseitigen, spricht das RG²⁾ in mehreren Entscheidungen von einer Offenlegungspflicht.

1) MDR 53, 707

2) HRR 31, 1308; RG 136, 258; ferner KG NJW 55, 1558; vgl. im übrigen die Übersicht über die Rechtsprechung unten S. 19 ff

Westermann¹⁾ sagt hierzu:

"Nach dem Grund der Offenlegungspflicht wird selten gründlich gefragt; in der Regel wird der Grund unterstellt und nur der Umfang geprüft."

Er hat zum ersten Mal die in Frage kommenden Rechtsgrundlagen zusammengestellt und einer kurzen Prüfung unterzogen. In der vorliegenden Arbeit soll diese Untersuchung weitergeführt werden. Sie ist gleichzeitig ein Beitrag zu der allgemeinen Frage des Offenkundigkeitsstrebens im Sachenrecht, auf die Westermann²⁾ wiederholt aufmerksam gemacht hat.

2. Der typische Sachverhalt und seine Erläuterung

Die Rechtsprechung behandelt die Probleme der Offenlegungspflicht im Rahmen von Fällen, die im allgemeinen folgenden Sachverhalt³⁾ haben:

Ein Unternehmer (im folgenden Schuldner genannt) erbittet von einer Bank (oder einer sonstigen kapitalkräftigen Person) einen Kredit. Da die Bank sich wegen der Höhe des Kredits im Verhältnis zur Größe des schuldnerischen Betriebes oder wegen der allgemeinen Wirtschaftslage nicht zu einem Personalkredit entschließen kann, übereignet der Schuldner Teile seines Vermögens der Bank zur Sicherheit des Kredits.

Da entgegen der Erwartung des Schuldners und der Bank die Kreditgewährung nicht den gewünschten Aufschwung des schuldnerischen Betriebs herbeigeführt hat, wird ein weiterer Kredit gegen Sicherheit gewährt, von dem die Vertragspartner hoffen, daß er doch noch die wirtschaftliche Gesundung des Schuldners herbeiführt. Wiederholt sich dieser Vorgang, so tritt schließlich der Zustand ein, daß der Schuldner alle wesentlichen Teile seines Vermögens der kredit-

1) Interessenkollisionen S. 35 Anm. 92

2) Sachenrecht, S. 13 und 16; vgl. auch Wolff-Raiser, Sachenrecht, S. 23 und Hedemann S. 27

3) Vgl. auch das Beispiel bei Westermann, Sachenrecht, S. 220

gebenden Bank übereignet hat, daß diese also rechtlich und praktisch die Eigentümerin des Betriebes geworden ist.

Das Vermögen des Schuldners wird durch Besitzkonstitut (§ 930 BGB) übereignet. Es fehlt also eine nach außen in Erscheinung tretende Übergabe der Sache. Die SÜ bleibt undurchsichtig und wird Dritten gegenüber nicht offengelegt. Infolgedessen können die soeben geschilderten Geschäfte abgewickelt werden, ohne daß andere, mit dem Schuldner in Geschäftsverbindung stehende Personen von ihnen etwas erfahren. Im Vertrauen auf den nach außen weiterhin aufrechterhaltenen Umfang des schuldnerischen Betriebes gewähren sie weiteren Warenkredit (Neugläubiger) oder unterlassen es, ihre Forderungen rechtzeitig einzuziehen (Altgläubiger).

Die wirklichen Verhältnisse werden in der Regel erst beim Zusammenbruch des Schuldners offenbar. In diesem Augenblick ist es aber für Gegenmaßnahmen der Warengläubiger zu spät. Der Sicherungsnehmer verlangt nun die sicherungsübereigneten Gegenstände heraus, nach deren Verwertung ihm allenfalls ein relativ geringer Verlust zu tragen bleibt. Die ungesicherten Warengläubiger dagegen fallen oft vollständig mit ihrer Forderung aus und erleiden dadurch, insbesondere beim Zusammenbruch eines Großabnehmers, oft einen existenzbedrohenden Verlust.

Die sich aus der SÜ ergebenden und im Zeitpunkt des Konkurses zu Tage tretenden Konsequenzen sind der eigentliche Grund für die so oft geltendgemachten Bedenken gegen die SÜ. Daß die Diskussion nicht immer sachlich blieb, sondern manchmal fast polemische Formen annahm, hat seinen Grund in sozialpolitischen Gesichtspunkten, die mit der SÜ unlösbar verbunden sind. Es wurde als ungerecht empfunden, daß auf der einen Seite ein kleiner, ahnungsloser Warengläubiger einen Forderungsausfall erlitt, der ihn oft selbst in wirtschaftliche Schwierigkeiten brachte, und auf der anderen Seite häufig eine leistungsfähige Bank stand, die, wenn

überhaupt, so nur einen geringfügigen Schaden erlitt, obwohl sie auch einen größeren zu tragen imstande war¹⁾.

An dieser Stelle muß bereits gesagt werden, daß die Warengläubiger nicht so schutzlos den Sicherungsnehmern ausgeliefert sind, wie es nach dem Geschilderten den Anschein hat. Wie der Geldkreditgeber sich durch die SÜ, so kann sich der Warenkreditgeber durch Eigentumsvorbehalt sichern²⁾ und hat dann beim Konkurs des Schuldners die gleiche gesicherte Stellung wie ein Sicherungsnehmer. Dieser Gesichtspunkt, der bei der Polemik über die SÜ vielfach übersehen worden ist, steht gerade in neuerer Zeit im Mittelpunkt der Diskussion³⁾. Die eingangs erwähnten Problemkreise Nr. 2 und 3 haben enge Beziehung zueinander. Die Interessen zwischen den Geld- und Warenkreditgebern können nur sinnvoll ausgeglichen werden, wenn die SÜ nicht für sich betrachtet und ausgestaltet wird, sondern wenn man sie im Zusammenhang mit dem Eigentumsvorbehalt und seinen Verlängerungsformen betrachtet.

1) Interessant ist in diesem Zusammenhang, daß für die Zulassung der SÜ nach § 930 BGB gerade auch soziale Gesichtspunkte sprachen. Man glaubte, daß die kleinen Kaufleute auf die SÜ zurückgreifen müßten, da sie bei ihrem geringen Betriebsvermögen auf den Weitergebrauch der Sicherungsgegenstände nicht verzichten könnten. Wie ein Aufsatz von Leonhard aus dem Jahre 1881 (Gruch. Beitr. 25, 177) beweist, war man sich über das Für und Wider der SÜ schon vor Inkrafttreten des BGB durchaus im klaren. Gleichwohl wurde die Bestimmung, durch die der Abschluß einer SÜ durch Besitzkonstitut für unzulässig erklärt worden war, wieder gestrichen (Prot. III S. 200 f und S. 196 f).

2) Hierzu Fischer, Kollision, S. 5
In neuester Zeit hat Serick (Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Bd. I Der einfache Eigentumsvorbehalt) in einer umfangreichen Monographie zu diesen Fragen Stellung genommen. Zwei weitere Bände sollen sich mit der einfachen Sicherungsübertragung befassen.

3) Flume NJW 59, 913; BGH NJW 59, 1533; Wunschel und Neubeck NJW 59, 1953; BGH NJW 60, 1712 und 1716; Münzel, MDR 51, 129

3. Überblick über den Gang der Untersuchung

Bei dem geschilderten typischen Sachverhalt ist bereits eine Entscheidung vorweggenommen: Die SÜ wurde grundsätzlich für zulässig erachtet, und auch eine SÜ, die alle wesentlichen Teile des schuldnerischen Vermögens umfaßt, ist nicht von vornherein nichtig. Dieses ist die Meinung der Rechtsprechung und des weit überwiegenden Schrifttums. Daneben gibt es noch vereinzelte Ansichten¹⁾, die eine gewohnheitsrechtliche Zulässigkeit der SÜ bestreiten oder wenigstens eine gefährliche SÜ von vornherein als nichtig ansehen. Die Stellungnahme zu diesen Fragen hat auch Einfluß auf die Probleme der Offenlegung. Hierzu soll daher in einem vorbereitenden ersten Teil Einiges gesagt werden.

Da sich herausstellen wird, daß an einer gewohnheitsrechtlichen Zulässigkeit der SÜ nach § 930 BGB nicht mehr gezweifelt werden kann, wird im zweiten Teil der Arbeit untersucht, wie eine für Dritte gefährliche SÜ durch Offenlegung ungefährlich gemacht werden kann. Hierzu ist als Vorfrage zu klären, bei welchen Tatbeständen eine Offenlegungspflicht überhaupt auftaucht (2. Teil, 2. Abschnitt). Im Anschluß daran folgt die Untersuchung der möglichen Rechtsgrundlagen für eine Offenlegung (2. Teil, 3. Abschnitt) und sodann einige Überlegungen zur praktischen Durchführung der Offenlegung (2. Teil, 4. Abschnitt).

Erster Teil: Die Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung der SÜ

Erster Abschnitt: Die Einteilung der von Westermann genannten Ansatzpunkte zur Begründung einer Offenlegungspflicht

Westermann²⁾ hat als erster die möglichen Rechtsgrundlagen

¹⁾ Paul, Diskontierungsgeschäfte, S. 89 ff
Schmelzeisen, Treupfand, S. 52 ff

²⁾ Interessenkollisionen S. 35

einer Offenlegungspflicht einer näheren Prüfung unterzogen. Es werden von ihm sechs Ansatzpunkte genannt:

1. Tendenz der Verfügung (= SÜ) zur Offenlegung
 2. Analoge Anwendung der Pfandrechtsvorschriften
-
3. Vertrag, vertragsähnliche Verhältnisse oder sonstige Beziehungen
 4. Rechtspflicht, Dritte vor Schaden zu bewahren, und Verkehrssicherungspflicht
 5. Rechtspflicht aus vorherigem oder gleichzeitigem Tun
-
6. Mittelbare Sicherung des Offenlegungsstrebens durch Rechtsscheins Gesichtspunkte

Es sind hier sehr unterschiedliche rechtliche Gesichtspunkte zusammengestellt worden. Die unter Ziffer 3 bis 5 aufgeführten Rechtsgrundlagen haben mit der SÜ direkt nichts zu tun. Sie sind im Strafrecht¹⁾ bzw. im Recht der unerlaubten Handlungen²⁾ allgemein bekannt und im Rahmen der sog. Rechtspflichttheorie³⁾ entwickelt worden. Aus ihnen werden die Rechtspflichten zum Handeln abgeleitet, die ein Unterlassen des gebotenen Handelns rechtswidrig machen und damit bewirken, daß auch wegen eines Unterlassens bestraft bzw. zum Schadensersatz verurteilt werden kann⁴⁾.

Die übrigen Ansatzpunkte sind dem Straf- und Deliktsrecht unbekannt. Sie hängen eng mit wesentlichen Merkmalen der SÜ zusammen, denn die SÜ ist eine Verfügung, sie hat Ähn-

1) Schönke-Schröder, StGB, Vorbem. 99 ff; Schwarz-Dreher, Anm. D I vor § 1 StGB

2) RGR-Komm. § 823 BGB Anm. 6

3) Mayer, Strafrecht, S. 116 spricht von Pflichtverletzungstheorie

4) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 53

lichkeit mit einer pfandrechtlichen Sicherheit, und bei ihr wird das Rechtsscheinsprinzip wichtig, da die SÜ durch das Auseinanderfallen von Besitz und Eigentum gekennzeichnet ist.

Die hier vorgenommene Unterscheidung wird sich durch die ganze Arbeit ziehen. Die im Rahmen der Rechtspflichttheorie entwickelten Rechtsgrundlagen begründen eine Schadensverhinderungspflicht. Wenn der Täter durch schuldloses Handeln ein Geschehen in Gang gesetzt hat, das ohne nochmaliges Eingreifen zum Schaden führt, so hat der Täter die Pflicht, den Geschehensablauf durch geeignetes Handeln zu unterbrechen, um dadurch den drohenden Schaden zu verhindern. Da die SÜ nach § 930 BGB undurchsichtig ist, wäre ein geeignetes Mittel zur Verhütung des Schadens die Offenlegung der SÜ. Die Offenlegung kann auf diese Weise zur Schadensverhinderungspflicht werden.

Anders ist die Situation bei den Rechtsgrundlagen, die aus Wesensmerkmalen der SÜ abgeleitet werden. Wenn sich beispielsweise aus dem Verfügungs-Charakter der SÜ eine Offenlegungspflicht ergeben würde, so müßte die SÜ immer offengelegt werden, denn sie ist immer eine Verfügung. Die Offenlegung würde so zu einer Entstehungsvoraussetzung der SÜ. Im Rahmen der Rechtspflichttheorie braucht der Sicherungsnehmer nur offenzulegen, wenn im Einzelfall durch eine SÜ ein Schaden droht, was keineswegs immer der Fall ist. Kann dagegen die Offenlegung aus einem Wesensmerkmal der SÜ abgeleitet werden, so braucht ein möglicher Schaden nicht vorhanden zu sein, denn auch eine ungefährliche, unschädliche SÜ muß offengelegt werden.

Aus diesen Überlegungen folgt, daß eine SÜ nach § 930 BGB unzulässig ist, wenn die Offenlegung eine Entstehungsvoraussetzung der SÜ wäre. Dieses wird durch die Tatsache bestätigt, daß die Gegner einer Zulässigkeit der SÜ kraft

Gewohnheitsrechts stets Argumente anführen, die in irgend einer Form mit Wesensmerkmalen der SÜ zusammenhängen. Umgekehrt ergibt sich aus alledem, daß die Rechtsprechung und das überwiegende Schrifttum, die die SÜ für zulässig erachten, die Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung ablehnen.

Die hier an Hand der Offenlegung der SÜ entwickelte Zweiteilung ist eine allgemein gültige Unterscheidung, die von Tuhr¹⁾ am klarsten herausgestellt hat. Er nennt zwei Gruppen, nämlich die Pflichten im Interesse eines anderen und die Gebote im eigenen Interesse. Die erste Gruppe muß wieder unterteilt werden. Die Erfüllung der Pflicht kann nämlich entweder im Wege der Zwangsvollstreckung durchgesetzt werden, oder es entsteht bei Nichterfüllung nur eine Pflicht zum Schadensersatz. Die Pflichten, bei denen Zwangsvollstreckung möglich ist, sind die Rechtspflichten im eigentlichen Sinne des Wortes. Bei der zweiten Untergruppe ist eine direkte Erzwingung nicht möglich. Hier löst die Verletzung der ursprünglichen Pflicht eine weitere Pflicht zum Schadensersatz aus, falls durch die Verletzung ein Schaden entstanden ist. Sie kann sich aus Vertrag oder Delikt (§§ 276 oder 823 ff BGB) ergeben und ist ihrerseits wiederum eine Pflicht, deren Nichterfüllung die Zwangsvollstreckung nach sich zieht. Bei der ursprünglichen Pflicht sind dem Gläubiger also die Hände gebunden. Er kann nur abwarten und, falls ein Schaden entsteht, diesen einklagen. Von Tuhr gibt als Beispiel die Sorgfaltspflichten des Verkäufers an. Der Käufer kann erst Schritte unternehmen, wenn Verzug oder Unmöglichkeit eingetreten sind. Von Tuhr rechnet beide Untergruppen zu den Rechtspflichten, da die (wenn auch indirekte) Erzwingung im Interesse einer anderen Person möglich ist.

1) Der Allgemeine Teil, I. Band, S. 97 ff.

Keine Rechtspflicht ist vorhanden, wenn bei dem Unterbleiben einer Handlung nicht Schadensersatz, sondern eine andere nachteilige Rechtsfolge eintritt. Wie schon erwähnt, spricht von Tuhr hier von Geboten im eigenen Interesse¹⁾. Gebot ist hier die Voraussetzung des Erwerbs oder Verlustes eines Rechts oder der Ausübung einer Befugnis. Als Beispiel wird die Inventarfrist des Erben erwähnt. "Immer steht es den Beteiligten frei, der sogenannten Pflicht nicht nachzukommen und damit die Rechtsfolgen (Nichterwerb) über sich ergehen zu lassen, welche das Gesetz bei Unterlassung der vorgeschriebenen Handlung eintreten läßt."

Da die Offenlegung nur in der Form der Schadensverhinderungspflicht eine echte Rechtspflicht darstellt, beschäftigt sich die vorliegende Arbeit im wesentlichen mit ihr. Zur Abrundung des Ganzen sollen jedoch vorher die von Westermann genannten Ansatzpunkte zur Begründung eines allgemeinen Offenlegungszwanges kurz erörtert werden.

Zweiter Abschnitt: Die Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung der SÜ

I. Die Offenlegung als allgemeine Entstehungsvoraussetzung

1. Die analoge Anwendung der Pfandrechtsvorschriften

Da hier die Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung behandelt wird, interessieren nur die Vorschriften, die die Entstehungsvoraussetzungen des Pfandrechts festlegen, also die §§ 1205 und 1206 BGB.

1) Ebenso Planck, II. Band 1. Hälfte, Vorbemerkungen III B 1 und C 3 b (S. 27). Unter Hinweis auf Siber I §§ 7, 8, 10 und Schneider, Iherings JB 53, 9, bezeichnet er es als unausrottbaren Sprachgebrauch, daß gelegentlich auch Gesetze bei zahlreichen sog. Anzeigepflichten von Pflichten sprächen.

Westermann¹⁾ definiert im Anschluß an Enn.-Nipperdey²⁾ die Analogie wie folgt: "Übertragung einer gesetzlichen Bewertung auf nicht geregelte Interessenlagen, die den im gesetzlichen Tatbestand erfaßten wesensähnlich sind". Zwei Voraussetzungen müssen also vorhanden sein: Zunächst eine nicht geregelte Interessenlage und sodann eine gesetzliche Bewertung, die der nicht geregelten Interessenlage wesensähnlich ist.

Bezüglich der ersten Voraussetzung braucht nicht viel gesagt zu werden. Wie allgemein bekannt ist und beispielsweise von Boehmer³⁾ näher ausgeführt wird, hat sich das Faustpfand als unzulänglich für die Bedürfnisse des modernen Wirtschaftslebens erwiesen. Die SÜ hat ihren Siegeszug angetreten und das Faustpfand fast vollständig verdrängt. Sie wurde von der Praxis weiter ausgestaltet, und die Rechtsprechung war mehr oder weniger gezwungen, sich den wirtschaftlichen Gegebenheiten zu fügen. Diese Entwicklung, die Boehmer als eine schon sehr bald nach Inkrafttreten des Gesetzes eintretende Änderung der Normsituation⁴⁾ bezeichnet, veranlaßte ihn, die SÜ als eine Gesetzesergänzende Rechtsfortbildung praeter legem zu bezeichnen.

Zur Beantwortung der Frage, ob die in den pfandrechtlichen Entstehungsvorschriften enthaltene Bewertung der bei der SÜ nach § 930 BGB vorhandenen Interessenlage wesensähnlich ist, bedarf es zunächst der Auslegung der §§ 1205 und 1206 BGB. Wenn SÜ und Pfandrecht verglichen werden, so wird eigentlich immer die SÜ nach § 930 BGB dem Pfandrecht nach § 1205 I 1 BGB gegenübergestellt. Der Unterschied ist offensichtlich: Bei der SÜ behält der Schuldner die Sache, bei

1) Interessenkollisionen S. 7

2) Allg. Teil, I. Halbbd. S. 339

3) Grundlagen II/2 S. 142

4) A.a.O. S. 146

der Verpfändung bekommt der Gläubiger das Pfand. Hieraus wird die Folgerung gezogen: Vom Standpunkt eines Kreditgebers ist die SÜ undurchsichtig, die Verpfändung dagegen klar zu erkennen. Dieser Ansicht ist auch Westermann¹⁾, wenn er schreibt: "So wird der Zweck des pfandrechtlichen Offenlegungszwanges erreicht: Dritten wird nicht durch den Besitz des Verpfänders eine unrichtige Kreditgrundlage vorgetäuscht."

Die Einigung und Übergabe des Pfandes nach § 1205 I 1 BGB ist jedoch nur eine von fünf möglichen Begründungsformen des Pfandrechts. Sie ist zwar die wichtigste Form, jedoch kann die ratio legis nur erkannt werden, wenn auch die übrigen Begründungsformen hinzugenommen werden. Bei diesen wird sich sogar herausstellen, daß sie für die Erforschung des Normzwecks sehr viel aufschlußreicher sind.

Die dritte Begründungsform nach § 1205 II BGB (die Begründung durch brevi manu traditio nach § 1205 I 2 BGB ist in diesem Zusammenhang uninteressant) ähnelt dem § 931 BGB. Die Sache befindet sich hier im Besitz eines Dritten²⁾. Vom Standpunkt eines Kreditgebers, der die Kreditwürdigkeit des Schuldners beurteilen will, ist die Situation ähnlich wie bei § 1205 I 1 BGB. In beiden Fällen befindet sich das Pfand außerhalb des schuldnerischen Bereichs, so daß eine Täuschung des Kreditgebers über die Kreditwürdigkeit des Schuldners nicht eintreten kann. Gleichwohl begnügt sich das Gesetz nicht mit der Übertragung des mittelbaren Besitzes wie bei § 931 BGB, sondern es fordert noch zusätzlich ein Publizitätsmittel in Gestalt einer Anzeige an den Besitzer.

1) Sachenrecht S. 636

2) Vgl. Westermann, Interessenkollisionen, S. 37
und Anm. 100

Diese hilft einem Kreditgeber in keiner Weise, da ihm gegenüber die Lage des Schuldners nicht undurchsichtig ist. Die Anzeige begünstigt also nur den Pfandgläubiger. Ihre Notwendigkeit ergibt sich aus einer spezifischen Eigenschaft des Pfandrechts. Da dieses erlischt, wenn die Sache an den Eigentümer zurückgegeben wird (§ 1253 BGB), muß der unmittelbare Besitzer durch die Anzeige darauf aufmerksam gemacht werden, daß er nicht die Sache an den Eigentümer zurückgibt und auf diese Weise das Pfandrecht zum Erlöschen bringt.

Zu dem gleichen Ergebnis kommt man bei der vierten Begründungsform, die im ersten Halbsatz des § 1206 BGB geregelt ist. Diese unterscheiden sich von den beiden bislang genannten Fällen, da hier der Pfandgegenstand im Einflußbereich des Schuldners bleibt. Die Situation ähnelt infolgedessen einer durch § 930 BGB geschaffenen Lage, und es ist daher nur bedingt richtig, daß ein Pfandrecht nicht durch Besitzkonstitut begründet werden kann. Im Gegensatz zu den beiden anderen Fällen ist hier auch eine Täuschung anderer Kreditgeber zu befürchten, ganz ähnlich wie bei der SÜ.

Trotz dieser gefährlichen Lage tut das Gesetz nichts, um ahnungslose Kreditgeber zu schützen, sondern beschränkt sich darauf, die Position des Pfandgläubigers zu stärken. Einräumung des Mitbesitzes und Mitverschluß des Gläubigers sollen nur dazu dienen, eine Situation zu schaffen, die sich deutlich vom Tatbestand der Rückgabe unterscheidet und damit ein Erlöschen des Pfandrechts verhindert. Die gegenüber § 930 BGB zusätzlichen Publikationsmittel des Mitbesitzes und Mitverschlusses sind also auch hier nur Folgeerscheinungen einer spezifischen Pfandrechtseigenschaft¹⁾.

1) A.A. Westermann, Sachenrecht, S. 636: Wesentlicher als die Beziehung des Gläubigers aufzudecken sei, die Sache zum Schutz Dritter aus der uneingeschränkten Macht des Verpfänders auszusondern.

Wie wenig der Gesetzgeber die Belange anderer Kreditgeber geschützt hat, kann man daran sehen, daß die Verpfändung eines Warenlagers mit wechselndem Bestand durchaus möglich ist. Mitbesitz und Mitverrechuß treten nach außen nicht in Erscheinung. Erkennbar wird die Rechtslage für einen Dritten nur, wenn er Zutritt zum Lager hat, der aber wird in der Regel verweigert. Es können also - genau wie bei der SÜ - die verpfändeten Waren aus dem allen Gläubigern haftenden Vermögen ausscheiden und ohne Erkennbarkeit für Dritte einem einzelnen Pfandgläubiger zur Befriedigung zur Verfügung stehen.

Man könnte sagen, daß das Erlöschen bei Rückgabe nur der Publikation dient und daher mittelbar auch ein Publikationsmittel zu Gunsten der Drittgläubiger ist. Aber Rückgabe darf nicht mit dem Gelingen der Pfandsache in den Bereich des Schuldners gleichgestellt werden. Sie kann dorthin gelangen oder dort verbleiben, ohne daß der Tatbestand der Rückgabe erfüllt wird und ohne daß das Pfandrecht erlischt¹⁾. Nach der Rechtsprechung muß der Pfandgläubiger den Willen zur Besitzüberlassung an den Verpfänder haben. Andernfalls bleibt das Pfandrecht bestehen. Die Drittgläubiger können also nicht mit Sicherheit davon ausgehen, daß das Pfandrecht an den zurückgegebenen Sachen erloschen ist.

Von den beiden zuletzt genannten Begründungsformen her kann nun auch der Tatbestand des § 1205 I 1 BGB in seiner wahren Bedeutung erkannt werden. Die bei ihm erforderliche Übergabe der Sache ist in Wirklichkeit gar nicht ein allgemeines Publizitätsmittel, sondern eine von mehreren Möglichkeiten, die den Pfandgläubiger instand setzt, die Rückgabe der Pfandsache und damit das Erlöschen des Pfandrechts zu verhindern²⁾. Die Übergabe schützt die anderen Kreditgeber nur

1) Palandt-Hoche § 1253 BGB Anm. 1

2) Auch die von Westermann (Interessenkollisionen S. 35) erwähnte Buchoffenkundigkeit hat in erster Linie die Aufgabe, ein ernst gemeintes Besitzkonstitut zu beweisen. Der Schutz der Drittgläubiger ist nur eine Nebenwirkung. Wie fragwürdig dieser Schutz normalerweise ist, wird unten S. 88 f. erläutert.

insoweit als die übergebenen Gegenstände dem Schuldner nicht mehr zur Verfügung stehen, um Kreditwürdigkeit vorzutauschen. Dieser Schutz ist aber von zweifelhaftem Wert, denn die Übergabe berechtigt nicht zu der Folgerung, alles, was der Schuldner im Besitz hat, sei pfandfrei. Hieran zeigt sich, daß der Schutz der Drittgläubiger nur eine unvollkommene Nebenwirkung der Übergabe ist.

Allgemein läßt sich somit sagen: Die Offenlegung in §§ 1205 f BGB soll nur den Pfandgläubiger schützen. Der Schutz Dritter ist nur eine Reflexwirkung, ähnlich wie sich die Nichtigkeit einer SÜ für alle Konkursgläubiger günstig auswirkt¹⁾. Lediglich eine Reflexwirkung ist es auch, wenn die pfandrechtlichen Entstehungsvorschriften eine Erschwerung²⁾ des Sicherungsgeschäftes verursachen. Die Anwendung der pfandrechtlichen Entstehungsvorschriften auf die SÜ im Wege der Analogie ist also nicht möglich, da die in diesen Vorschriften erfaßte Bewertung nicht der Interessenlage bei der SÜ nach § 930 BGB entspricht.

2. Die SÜ als Verfügung

Nach Westermann³⁾ kann aus der Tendenz der Verfügung zur Offenkundigkeit eine Pflicht zur generellen Offenlegung der SÜ nicht gefolgert werden. Das Offenlegungsprinzip ist nicht überall gleich folgerichtig durchgeführt worden. Ausnahmen bis zur Unkenntlichkeit kommen bei der Übereignung beweglicher Sachen vor⁴⁾, die gerade die heimliche SÜ ermöglicht haben. Auch bei der Verfügung über eine Forderung (§ 398 BGB) hat der Gesetzgeber auf jede Offenkundigkeit

1) Westermann, Interessenkollision, S. 28

2) Auf die Erschwerung durch Offenlegungshandlungen weist Westermann hin: Gesetzliche Regelung S. F 6 und 11

3) Interessenkollisionen S. 35

4) Westermann, Sachenrecht, S. 17

verzichtet. Aus einem so vielfältig durchbrochenen Grundsatz kann daher für die SÜ kein allgemeiner Offenlegungszwang hergeleitet werden.

II. Die Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung gegenüber Dritten auf Grund von Rechtsscheinsgesichtspunkten

1. Die Ansichten von Schmelzeisen und Paul

In neuerer Zeit hat vor allem Schmelzeisen versucht, die Gefahren der SÜ durch eine neuartige Interpretation des geltenden Rechts zu lösen. Die erste Abhandlung¹⁾ erschien kurz vor dem Lehmann'schen Reformvorschlag²⁾, die zweite³⁾ kurz nach diesem und setzt sich mit ihm kritisch auseinander.

Die neue Interpretation nimmt methodisch ihren Ausgangspunkt von der Interessenjurisprudenz und dem "konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenken" im Sinne von Carl Schmitt. Die Eigenart der SÜ kann nach der Ansicht von Schmelzeisen nur durch eine Entfaltung des Eigentumsbegriffs erkannt werden. Hierbei stelle sich heraus, daß es zwischen Eigentum und beschränkten dinglichen Rechten Übergangsformen⁴⁾ gibt, und daß eine solche Form die SÜ darstellt. Wegen dieser besonderen Stellung des Sicherungseigentums schlägt Schmelzeisen vor, nicht mehr von SÜ, sondern von Treupfand⁵⁾ zu sprechen.

Die eigenartige Mittelstellung des Treupfandes wird deutlich bei der Unterscheidung von Innen- und Außenverhältnis. Während auch nach Schmelzeisen im Innenverhältnis das Treupfand gem. § 929 ff BGB entsteht, bei der Übereignung nach

1) Das Treupfand 1936

2) Reform der Kreditsicherung 1937

3) Iherings Jb 88, 199 (1939/40)

4) A.a.O. S. 226

5) Treupfand S. 3

§ 930 BGB der Gedanke des § 1205 II also ausgeschaltet ist, erlangt es Dritten gegenüber nur Wirksamkeit, wenn es diesen angezeigt wird. Der Gedanke des § 1205 II BGB wird im Außenverhältnis also aufrecht erhalten. Als Rechtsgrund für die Unwirksamkeit des Treupfandes gegenüber gutgläubigen Kreditgebern wird die Veranlassungshaftung genannt¹⁾.

Ähnliche Gedanken vertritt auch Paul²⁾. Er behandelt die SÜ im Rahmen einer Abhandlung über Treuhandgeschäfte, wobei er stille Abtretung und SÜ nach § 930 BGB als die typischen Fälle der Sicherungstreuhand bezeichnet. Die eigentlichen Gefahren dieser Konstruktionen sieht er darin, daß derartige Vereinbarungen Dritten gewöhnlich unbekannt und unerkennbar seien. Der Schutz des Dritten ist daher das besondere Anliegen von Paul: Der Rechtsschein der vollen unbelasteten Vermögenszugehörigkeit des Sicherungsgegenstandes müsse vermieden werden.

Auch er geht nicht so weit, generell einer nicht offengelegten SÜ die rechtliche Wirksamkeit abzusprechen, er will vielmehr die Unwirksamkeit nur im Verhältnis zu Dritten. Insoweit hat sich seiner Ansicht nach kein Gewohnheitsrecht gebildet. Der unablässige Streit um die Rechtsgültigkeit der SÜ beweise das. Der Publizitätsgrundsatz ist nach Paul der Ausfluß des Satzes, der die Grundlage unseres Rechtsdenkens bilde: Gemeinnutz geht vor Eigennutz³⁾.

Bei Schmelzeisen und Paul fällt als erstes auf, wie wenig sie sich um die gesetzlichen Regelungen kümmern. So erklärt Schmelzeisen schon auf den ersten Seiten seiner Schrift, es empfehle sich, auch die SÜ als Pfandrecht zu begreifen. Ohne weitere Begründung stellt er damit eine These auf,

1) Iherings Jb 88, S. 239

2) Diskontierungsgeschäfte S. 81 ff; vgl. auch Westermann, Interessenkollisionen, S. 35 und Anm. 93

3) Vgl. unten S. 64

die zu den Zentralproblemen der SÜ gehört und aus der sich die meisten Unzuträglichkeiten ergeben.

Die von beiden Verfassern vorgenommene Trennung von Innen- und Außenverhältnis¹⁾ führt dazu, daß das Sicherungseigentum nicht mehr als Volleigentum mit absoluter Wirkung gegen jedermann verstanden wird, sondern daß ein neues relativ wirkendes Eigentumsrecht geschaffen wird. Diese Konstruktion widerspricht aber dem Numerus clausus der Sachenrechte. Da das System des Sachenrechts nicht aufgegeben werden kann, sind die Vorschläge von Schmelzeisen und Paul nicht brauchbar. Über die tragenden Grundsätze des BGB kann nicht mit Hilfe einer neuartigen Interpretation des Sicherungseigentums hinweggegangen werden.

2. Die Ansicht von Westermann

Wie bereits erwähnt wurde²⁾, hat auch Westermann die Rechts-scheinsgesichtspunkte als eine mögliche Rechtsgrundlage für die Offenlegungspflicht geprüft. Gleichzeitig sind von ihm auch die Bedenken gegen eine solche Konstruktion angeführt worden. In tatsächlicher Hinsicht sei es zweifelhaft, worin das täuschende und gefährliche Auseinanderfallen von Schein und Wirklichkeit bestehen soll. In rechtlicher Hinsicht zweifelt Westermann, ob ein nach dem System des BGB rechts-scheinbegründeter Tatbestand vorliegt. Der Rechtsschein sei von Bedeutung, falls der Gutgläubige rechtliche Beziehung zu einem bestimmten Gegenstand erwerben will, dessen Rechts-lage unrichtig wiedergegeben wird. Außerdem müsse der Besitz des Verfügenden für die Handlung des Gutgläubigen kausal sein. Beide Voraussetzungen seien bei der SÜ nicht gegeben.

Nach alledem bieten auch Rechtsscheinsgesichtspunkte keine Möglichkeit, die Offenlegung der SÜ zu erzwingen.

¹⁾ Die unterschiedliche Behandlung von Innen- und Außen-verhältnis wird auch von Schmidt (AcP 134,5 Anm. 12 (1931)) abgelehnt. Schmelzeisens Argumentation hiergegen ist nicht überzeugend.

²⁾ S. oben S. 7

Zweiter Teil: Die Offenlegung der SÜ als

Schadensverhinderungspflicht

Erster Abschnitt: Übersicht über die Rechtsprechung

1. Die Entscheidungen vor 1932¹⁾

Die erste²⁾ Entscheidung, in der das RG³⁾ die SÜ unter dem Gesichtspunkt der Kredittäuschung betrachtet, bringt gleichzeitig auch eine Stellungnahme zur Offenlegungspflicht. Es liegt das bereits erwähnte typische Dreiecksverhältnis vor. Der Drittgläubiger hat sowohl den Schuldner als auch den Sicherungsnehmer verklagt, so daß die Pflichten beider zu untersuchen waren. Bezüglich der Pflichten des Schuldners wird schon in dieser Entscheidung einschränkend gesagt, daß er dem Drittgläubiger keineswegs über alle Verhältnisse, welche für dessen Entschließung maßgebend sein könnten, ungefragt Auskunft zu erteilen brauche. Er müsse aber diejenigen Mitteilungen machen, welche der Drittgläubiger unter den gegebenen Umständen nach der Verkehrsauffassung erwarten dürfe. Das Verhalten des Sicherungsnehmers war in diesem Fall unproblematisch, weil er eine umfangreiche Tätigkeit entwickelt hatte, um die Sicherungen geheimzuhalten.

Diesen Begriff der Geheimhaltung dehnte RG in der Folgezeit weiter aus. Wurde in dem Urteil vom 18.5.1911 noch auf ein aktives Vorgehen des Sicherungsnehmers abgestellt, so wird in Zukunft die Geheimhaltung mehr und mehr zum Unterlassungstatbestand. Diese Entwicklung folgt aus der an sich berechtigten Ansicht des RG, daß eine SÜ dann nicht gebilligt werden kann, wenn sie bewirkt, daß ein Kreditgeber aus gesicher-

1) Übersicht bei Simonson, BA 32, 42 f

2) So Rospatt, JR 33, 201, Simonson, BA 32, 42

3) RG JW 11, 324 vom 3.1.1911 und
RG JW 11, 650 vom 18.5.1911

ter Stellung die Hilfeleistung unter Irreführung Dritter lediglich auf deren Gefahr und Kosten bewerkstelligt. Nach Meinung des RG¹⁾ widerspricht ein Rettungsversuch, der allein auf Kosten der im Dunkel gelassenen und getäuschten Dritten geschieht, dem Anstandsgefühl jedes rechtlich Denkenden, insbesondere dem eines redlichen Geschäftsmannes, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Täuschung von dem Gläubiger beabsichtigt war oder nicht.

Hieraus ergibt sich für die Geheimhaltung, daß eine solche bereits dann vom RG als stillschweigend vereinbart angesehen wird, wenn eine Sanierung nur unter der Bedingung gelingen kann, daß auch weiterhin von dritter Seite ungesicherter Kredit gegeben wird. Das soeben erwähnte Urteil sagt, es sei gleichgültig, daß die Geheimhaltung nicht beabsichtigt war, denn sie sei Voraussetzung gewesen, um dem Beklagten einen neuen Kredit zu verschaffen, den bisherigen zu erhalten und ihn vor dem Zugriff der Gläubiger zu bewahren.

Die Entscheidung vom 4.10.1917²⁾ scheint wieder einen kleinen Schritt weiter zu gehen, indem nunmehr die Geheimhaltung zu einem reinen Unterlassungstatbestand ausgebildet wird. Nichtbekanntmachung und Geheimhaltung werden gleichgesetzt, wenn es heißt, die beklagte Bank habe nichts getan, die SÜ bekanntzugeben; die Geheimhaltung habe durchaus ihrem Willen entsprochen. Die Bank habe also Dritte verleitet, mit dem Schuldner den weiteren Geschäftsverkehr zu unterhalten.

Eine weitere Neuerung bedeutet es, daß nunmehr der Begriff Verschleierung ebenfalls den Begriffen Nichtbekanntmachung und Geheimhaltung gleichgestellt wird. Es heißt in derselben Entscheidung, wesentlich in der Verschleierung der wahren Sachlage liege das vom Standpunkt der guten Sitten Mißbilligenswerte der SÜ-Verträge, die auch ohne besondere Fest-

1) U. v. 19. 10. 1914, RG 85, 343

2) Gruch 62, 86

setzung ihrer Natur nach geheim seien, weil ohne Geheimhaltung Dritte dem Schuldner keinen Kredit gewähren würden und somit dann der Zweck des Vertrages vereitelt wäre.

Die Verschleierung (Geheimhaltung) hat aber nur dann Bedeutung, wenn die Situation des Schuldners so bedenklich ist, daß die Drittgläubiger bei Kenntnis der Lage keinen ungesicherten Kredit mehr geben würden. Damit wird auch hier das bereits gekennzeichnete Bestreben des RG sichtbar, den Sanierungsversuch des Sicherungsnehmers auf Kosten dritter Gläubiger des Schuldners zu verhindern. Die Entscheidung vom 4.10.1917 führt nun näher aus, wann eine solche Situation vorliegt. Sie soll gegeben sein, wenn die Bank sich das ganze für die Kreditwürdigkeit des Schuldners in Betracht kommende Vermögen hat übertragen lassen und dadurch eine wirtschaftliche Scheinexistenz des Schuldners aufrechterhalten wird, wobei die Bank nichts getan hat, um dem Schuldner eine wirkliche Hilfe angedeihen zu lassen, sondern sich nur gesichert hat.

Damit sind die Voraussetzungen einer sittenwidrigen SÜ vollständig aufgeführt, nämlich erstens erheblicher Umfang der SÜ und deren Undurchsichtigkeit, zweitens unzulänglicher Kredit.

Es fällt auf, daß in allen erwähnten Entscheidungen die subjektive Seite des § 826 BGB kaum Beachtung gefunden hat, obwohl doch Vorsatz (mindestens dolus eventualis) erforderlich ist, und das Tatbestandsmerkmal der Sittenwidrigkeit nur erfüllt ist, wenn die vorsätzliche Schädigung in sittenwidriger Weise erfolgt. Es scheint, daß das RG diesen Mangel bereits selbst empfunden hat, jedenfalls mehren sich in der Folgezeit die Fälle, in denen das RG die Täuschung von Drittgläubigern unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB prüft¹⁾, da diese Vorschrift keinen Schädigung

1) Bisher hatte erst eine Entscheidung die SÜ nach § 138 BGB behandelt: RG JW 11, 576 = Gruch 55, 883

gungsvorsatz verlangt, sondern nach h.L. lediglich die Kenntnis der Tatsachen, die vom Gericht als sittenwidrig angesehen werden. Die erste Entscheidung in dieser Richtung¹⁾ geht noch sehr behutsam vor. Die Sittenwidrigkeit wird aus subjektiven Gründen verneint. Das Bewußtsein der Möglichkeit, daß die übrigen Gläubiger des Schuldners geschädigt werden, wird verneint, da die beklagte Bank den Schuldner wegen Täuschung noch für einen begüterten Mann gehalten habe. Die Entscheidung vom 5.3.1929²⁾ bejaht dagegen die Sittenwidrigkeit, da sich der Sicherungsnehmer der schädigenden Irreführung anderer Kreditgläubiger bewußt gewesen sei. Ähnliche Formulierungen enthält das Urteil vom 4.3.1930³⁾.

Der bisherige Überblick über die Rechtsprechung zeigt, daß meist nicht von Offenlegung der SÜ gesprochen wird sondern von deren Undurchsichtigkeit, die eine Folge der nicht erfolgten Offenlegung ist. Dieser Eindruck wird sich bei der weiteren Betrachtung der Rechtsprechung noch verstärken.

Die erste Entscheidung⁴⁾ zur Offenlegungspflicht des Sicherungsnehmers stellt zunächst fest, daß eine allgemeine sittliche und rechtliche Pflicht des Sicherungsnehmers zur Aufklärung späterer Kreditgeber nicht bestünde, insbesondere nicht in einer Zeit, in der SÜen alltäglich seien, und wenn es sich um einen Schuldner handele, der die Situation nicht in unredlicher Weise ausnutze. Sogleich im Anschluß daran wird jedoch - ebenfalls zum ersten Mal - eine Pflicht zu besonders scharfer Prüfung statuiert, wenn ein sehr großer Teil des Vermögens übereignet ist. Als unbedenklich bezeichnet das Urteil auch

1) RG 118, 381 vom 8.11.1927

2) WarnR 1929 Nr. 74

3) RG 127, 337

4) HRR 31 Nr. 1308 vom 17.1.1931

eine sehr umfangreiche SÜ, wenn sie in einem angemessenen Verhältnis zur Höhe des gewährten Kredits steht (1.), wenn der Schuldner den Betrieb ohne Schädigung anderer fortführen kann (2.) und wenn der Sicherungsnehmer auf das redliche Verhalten des Schuldners vertrauen darf (3.). Bedenklich ist nach dem Urteil ein Sanierungsversuch, der als Wagnis erscheint.

Zu den beiden Fragen der Offenlegung und der Prüfung nimmt das OLG Marienwerder¹⁾ am 29.1.1932 kurz Stellung indem es sagt, eine Pflicht des Sicherungsnehmers, Kreditkäufe seines Schuldners zu überwachen und den Gläubigern desselben von der Übereignung der Waren Mitteilung zu machen, könne nicht schlechthin anerkannt werden. Hinsichtlich der Prüfungspflicht hatte kurze Zeit vorher das RG²⁾ sich auf den gleichen Standpunkt gestellt. Die Geheimhaltung der SÜ, also die nicht erfolgte Offenlegung, wurde um diese Zeit noch einmal im Rahmen einer umfangreichen Entscheidung³⁾ bezüglich der SÜ behandelt, ohne daß jedoch neue Gesichtspunkte hinzugekommen sind.

2. Die Grundsatzentscheidungen der Jahre 1932/33

Dieses war der Stand der Rechtsprechung, als am 9.4.1932 die zwei bekannten grundlegenden Entscheidungen⁴⁾ zur SÜ ergingen. Sie sind in erster Linie bekannt geworden durch die Aufstellung der fünf Tatbestände sittenwidriger SÜen, nämlich Konkursverschleppung, Aussaugung, stille Geschäftsinhaberschaft, Kreditbetrug, Gläubigergefährdung, durch die ein Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB entsteht.

1) JW 33, 466

2) RG 133, 234 vom 7.7.1931

3) JW 31, 2088 p vom 14.3.1931

4) 1. Urteil IX 74/31 RG 136, 247

2. Urteil IX 372/30 RG 136, 293, ausführlicher Abdruck JW 32, 2699; kritische Stellungnahme im Schrifttum: Bauer-Mengelberg JW 32, 2699; Weinhausen JW 32, 2703; Jacusiel BA 31, 393; Simonson BA 32, 41; Rumpf LZ 32, 1274; Rospatt JR 33, 201; Diepenbruck BA 33, 380; Armstroff DJZ 34, 901

Nur die beiden letzten Tatbestände sind für die vorliegende Arbeit interessant, sie sollen daher in ihrem Wortlaut wiedergegeben werden¹⁾.

"4. Der Sicherungsnehmer bestimmt - allein oder in Zusammenwirken mit dem Schuldner als dessen Anstifter, Mittäter oder Gehilfe - Dritte zur Kreditgewährung an diesen, indem sie arglistig darüber getäuscht werden, daß der Schuldner durch die hergegebenen Sicherheiten kreditunwürdig geworden ist (Kreditbetrug).

5. Die ausbedungene Sicherung bringt durch ihren Umfang und ihre Undurchsichtigkeit die von dem Sicherungsnehmer bewußt in Kauf genommene, nicht ganz fernliegende Gefahr mit sich, daß spätere, nichts ahnende Kreditgeber zu Schaden kommen, ohne daß doch von einem betrügerischen Vorgehen des Sicherungsnehmers ihnen gegenüber die Rede sein könnte (Gläubigergefährdung)".

Das eigentlich Neue der Entscheidung besteht in der unterschiedlichen Schadensersatzpflicht. Beim Kreditbetrug verlangt das RG die Herstellung des Zustandes, der bestehen würde, wenn der Geschädigte nicht in Irrtum versetzt oder nicht darin gelassen worden wäre (Vertrauensschaden). Bei der Gläubigergefährdung läßt es das RG dagegen genügen, daß der Geschädigte so gestellt wird, wie wenn der Schuldner die Sicherheit nicht weggegeben hätte, denn nach Ansicht des RG wird hier ausschließlich auf die gefährliche Art der SÜ abgestellt und sonstige betrügerische Aktivität des Sicherungsnehmers ausdrücklich ausgeschlossen.

Der Unterschied zwischen Kreditbetrug und Gläubigergefährdung hat auch die Auffassung des RG von der Offenlegungspflicht mitbeeinflusst. In dieser Hinsicht stellt das RG zunächst wiederum fest, daß von einer allgemeinen Pflicht des Sicherungsnehmers zur Offenbarung der empfangenen Sicherungen gegenüber allen für eine spätere Kreditinanspruchnahme durch den Schuldner in Betracht kommenden Personen keine Rede sein könne, selbst nicht bei einem großen Umfang dieser Sicherungen. Sie sei auch praktisch nicht

1) RG 136, 254

durchführbar. Wörtlich heißt es dann weiter¹⁾:

"Eine solche Aufklärungspflicht kann immer nur dem einzelnen gegenüber aus den zwischen ihm und dem Sicherungsnehmer bestehenden besonderen Umständen und Beziehungen hergeleitet werden. Nur beim Bestehen einer solchen Pflicht aber kann in dem bloßen Verschweigen der Sicherungsverträge ein betrügerisches Vorgehen in dem oben unter 4. erörterten Sinn gefunden werden, während ohne sie unter solchen Umständen höchstens der Tatbestand einer Gläubigergefährdung (oben unter 5.) gegeben sein kann. Die Schaffung eines für spätere Kreditgeber gefährlichen Zustandes allein erzeugt eine solche Verpflichtung noch nicht.

Nur in uneigentlichem und übertragenem Sinn kann schon wegen der Herbeiführung eines solchen Zustandes von einer Aufklärungspflicht des Sicherungsnehmers gesprochen werden, insofern nämlich, als jener durch rechtzeitige Warnung der für eine neue Kreditgewährung in Betracht kommenden Personen unter Umständen deren wirkliche Schädigung durch die ihnen unbekannte Sicherung verhüten und damit einen Ersatzanspruch abwenden kann.

Dabei handelt es sich aber immer nur um den Anspruch auf Ersatz eben dieses durch das Bestehen der Sicherung drohenden Schadens. Denn hier bestand eben keine wirkliche Rechtspflicht zur Aufklärung dieses Kreditgebers. Das unerlaubte Handeln lag daher nicht in dem Unterlassen einer Warnung, sondern allein in dem Abschluß der andere Gläubiger gefährdende Sicherungsverträge und in der hierdurch vorsätzlich herbeigeführten Vermögensschädigung".

Im Anschluß daran²⁾ wird die Offenlegungspflicht des Schuldners abgegrenzt. Dieser ist nach Ansicht des RG keineswegs immer zur Offenlegung seiner Verhältnisse verpflichtet, sondern nur dann, wenn Sicherheiten in ganz ungewöhnlichem Umfang gewährt worden sind und der Dritte das schuldnerische Vermögen für unbelastet hält. Der Schuldner kann wohl einen Kreditbetrug begehen nicht aber eine Gläubigergefährdung. Ein Mitwirken des Sicherungsnehmers bei einem Kreditbetrug des Schuldners liegt nur dann vor, wenn die Unterstützung in Handlungen besteht, die über die bloße Ausbedingung und Annahme der Sicherungen hinausgegangen sind. Fehle solche Handlung, so könne nur eine Haftung des Sicherungsnehmers

1) RG 136, 258 f

2) RG 136, 259

wegen Gläubigergefährdung in Frage kommen.

Die zweite Entscheidung vom 9.4.1932 stimmt zum Teil wörtlich mit der erstgenannten überein. Neu ist die Statuierung einer sehr viel weitergehenden Prüfungspflicht¹⁾. Während sich bislang nur die eigenen Sicherungen in zulässigen Grenzen halten mußten, sind jetzt auch die Sünden sämtlicher anderer Kreditgeber mit zu berücksichtigen. Das Unterlassen einer entsprechenden Erkundigung kann grobfahrlässig und damit sittenwidrig sein.

Die unmittelbar darauffolgenden Entscheidungen bringen nichts wesentlich Neues. Die Offenlegungspflicht von Vertragsparteien wird erneut behandelt²⁾, wobei immer wieder betont wird, daß eine Pflicht nur unter besonderen Umständen bestehe. Eine abweichende Ansicht vertritt das OLG Celle in seinem Urteil vom 17.5.1933³⁾. Es handelte sich um zwei Gläubiger, die unabhängig voneinander das ganze Vermögen des Schuldners an sich gebracht hatten. Das OLG ist der Meinung, daß niemand verpflichtet sei, im Interesse evtl. neuer Kreditgeber seine in rechtlich einwandfreier Weise erworbenen Sicherungen dann kundzutun oder gar preiszugeben, wenn auch noch ein anderer Gläubiger unabhängig von ihm zugreift und durch weitere Sicherungsmaßnahmen tatsächlich die wirtschaftliche Selbständigkeit beseitigt.

Die dritte grundlegende Entscheidung⁴⁾ zur SÜ bringt eine Reihe von Korrekturen der bisherigen Rechtsprechung, die wohl mit darauf zurückzuführen sind, daß nunmehr der VI. Senat an die Stelle des IX. getreten ist. Hinsichtlich der Offenlegungspflicht wird ein von Hoeniger aufgeworfenes Problem erörtert, nämlich die Frage, ob eine Mitteilungspflicht be-

1) RG 136, 298 f; dagegen Bauer-Mengelberg, JW 32, 2700; kritisch Weinhausen, JW 32, 2704; Jacusiel, BA 31, 393; Rospatt, JR 33, 201

2) RG HRR 33 Nr. 466 vom 15.10.1932
RG WarnR 33 Nr. 75 vom 10.3.1933

3) HRR 1933 Nr. 1845

4) RG 143, 48 vom 21.12.1933

steht, wenn der Sicherungsnehmer nachträglich die Gefährlichkeit seiner SÜ erkennt¹⁾. Das RG ist der Meinung, daß eine solche Verpflichtung grundsätzlich als sehr wohl möglich anzuerkennen sei.

Im übrigen wird in der Entscheidung eine klare Abgrenzung zwischen den Tatbeständen des § 138 BGB und des § 826 BGB vorgenommen²⁾, bezogen auf die SÜ: zwischen dem Tatbestand der Knebelung und dem der Gläubigergefährdung. Insbesondere wird auf die solange vernachlässigten subjektiven Tatbestände hingewiesen und betont, daß grobe Fahrlässigkeit (Gewissenlosigkeit) wohl die Annahme eines Sittenverstosses rechtfertigen, aber den Vorsatz niemals ersetzen könne.

Eine wesentliche Abweichung von den beiden ersten Grundsatzentscheidungen liegt insoweit vor, als nach Ansicht des VI. Senats auch bei der Gläubigergefährdung der Zustand herzustellen sei, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geheimgehalten worden wäre, also bei allen fünf Tatbeständen das Vertrauensinteresse zu ersetzen sei, denn in allen Fällen täusche der Sicherungsnehmer den Dritten über die Kreditwürdigkeit des Schuldners³⁾. Das RG hat auf diese Weise die Rechtsfolgen und damit den Unterschied zwischen Kreditbetrug und Gläubigergefährdung wieder beseitigt. Auf dieses Ergebnis ist später⁴⁾ noch näher einzugehen.

Das RG hat in der Folgezeit kaum noch Gelegenheit gehabt, seine Ansicht über die Tatbestände im allgemeinen und über die Offenlegungspflicht im besonderen weiter zu vertiefen. Die letzte Entscheidung⁵⁾, die sich speziell mit der Offenlegungspflicht des Sicherungsnehmers befaßt, geht vor allem

1) A.a.O., 56

2) A.a.O., 50 ff

3) RG 143, 53

4) S. unten S. 36

5) SeuffArch 88, 231 vom 19.4.1934

auf die praktische Durchführung ein. Ein Sicherungsnehmer, der nachträglich die Gefährlichkeit seiner SÜ erkenne, müsse auf den Schuldner einwirken, damit dieser den anderen Gläubigern die Sachlage mitteile. - Im übrigen hat das RG nur Knebelungstatbestände zwischen den Vertragsparteien untersucht¹⁾, die aber hier nicht weiter interessieren.

3. Die Entscheidungen nach dem zweiten Weltkrieg

Die Rechtsprechung nach dem zweiten Weltkrieg stand zunächst vollständig unter dem Einfluß der drei Grundsatzentscheidungen und machte die fünf Tatbestände zum Ausgangspunkt ihrer Begründungen. Das erste Urteil²⁾ enthält die bekannten Formulierungen, daß von einer allgemeinen Offenbarungspflicht des Sicherungsnehmers späteren Kreditgebern oder anderen Gläubigern gegenüber keine Rede sein könne, selbst nicht bei größerem Umfang der SÜ. Der neuen wirtschaftlichen Lage wird mit dem Hinweis Rechnung getragen, daß eine Offenlegungspflicht umsoweniger bestehe, als allgemein bekannt sei, daß ungedeckter Kredit praktisch nicht zu beschaffen sei. Bei dem Tatbestand der Gläubigergefährdung wird streng zwischen Umfang und Undurchsichtigkeit unterschieden. Auf die hier interessierende Undurchsichtigkeit geht das Urteil nicht mehr ein, da die Gläubigergefährdung bereits wegen des nicht zu beanstandenden Umfanges der SÜ entfällt.

In der zweiten nach dem Krieg ergangenen Entscheidung³⁾ wird Gläubigergefährdung angenommen, da praktisch kein kreditfähiges Vermögen mehr vorhanden war und die Sicherungen geheimgehalten wurden. Unter Geheimhaltung wird im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung das bloße Unterlassen der Offenlegung verstanden. In subjektiver Hinsicht hält das LG das Bewußtsein des Beklagten, daß infolge seines Verhaltens ein anderer Schaden erleiden könne, für ausreichend.

1) RG 152, 251; 160, 257; 165, 1

2) OLG Hamburg vom 1.2.1951 MDR 51, 291

3) LG Oldenburg vom 7.2.1951 MDR 51, 423

Mit der zweiten Entscheidung des OLG Hamburg¹⁾ beginnt eine für das Problem der Arbeit außerordentlich wichtige Entwicklung. Zum ersten Mal seit langer Zeit wird die SÜ ganz betont unter dem Gesichtspunkt des § 138 BGB geprüft. Das OLG leint die Nichtigkeit der SÜ wegen Kredittäuschung mit der Begründung ab, daß von einem zielbewußten Zusammenwirken der Partner zum Zwecke der Täuschung und Schädigung Dritter keine Rede sein könne.

Die erste BGH-Entscheidung²⁾ zur SÜ subsumiert ebenfalls unter § 138 BGB, kommt aber im übrigen zu dem entgegengesetzten Ergebnis, da seiner Ansicht nach beide Vertragsparteien durch den Abschluß der SÜ-Verträge den Tatbestand der Gläubigergefährdung verwirklicht hätten und die Verträge somit gemäß § 138 Abs. 1 BGB gegen die guten Sitten verstießen. Der BGH macht sich ausdrücklich die Ergebnisse der drei Grundsatzentscheidungen zu eigen, indem er den beiden ersten den Tatbestand der Gläubigergefährdung entnimmt und der Dritten Entscheidung die Erkenntnis, daß § 138 BGB insbesondere dann gilt, wenn beide Parteien gegenüber einem Dritten oder der Allgemeinheit sittenwidrig handeln. Diese Konstruktion hat, wie später noch näher auszuführen sein wird, drei Vorteile: Einmal sind die subjektiven Anforderungen bei § 138 BGB nicht so scharf; zum zweiten wird das Problem des Umfangs der Schadensersatzpflicht umgangen, drittens endlich wird das Problem der Offenlegungspflicht ausgeschaltet.

Daß dieses Problem nur noch in der Form der nicht erfolgten Offenlegung-Geheimhaltung vorkommt, geht aus der Entscheidung unmittelbar hervor. Es wird nämlich in ihr nicht von der Offenlegungspflicht gesprochen, sondern lediglich von der Geheimhaltung, wobei es nach der Meinung des BGH für den Tatbestand der Kredittäuschung nicht erforderlich ist,

1) MDR 51, 354

2) LM Nr. 1 zu 138 (Cb) vom 28.5.51 -
Der Abdruck in JZ 51, 686 (mit Anm. von Paulus)
enthält nicht die hier interessierenden Stellen

daß besondere Veranstaltungen zur Geheimhaltung getroffen worden sind. Man wird bei dieser Konstruktion des BGH an Gedanken erinnert, die schon im Jahre 1917 aufgetaucht waren und die bereits oben¹⁾ dargestellt worden sind. Insbesondere der damals wie heute spürbare Einfluß auf das Problem der SÜ ist bemerkenswert.

Diese Linie wird nun von dem BGH konsequent weiter verfolgt. In seiner nächsten Entscheidung vom 14.7.1952²⁾ prüft der BGH die SÜen unter den Gesichtspunkten der Knebelung und der Gläubigergefährdung nach § 138 BGB. Bei dem letzteren Tatbestand wird nur der Umfang der SÜ untersucht und als zu groß angesehen. Die Undurchsichtigkeit wird gar nicht erwähnt, wahrscheinlich weil sie als selbstverständlich unterstellt wird.

Die Entscheidung vom 9.7.1953³⁾ ist von Westermann⁴⁾ zum Ausgangspunkt einer kritischen Untersuchung der Rechtsprechung zur SÜ gemacht worden. Der BGH subsumiert die Sicherungsverträge wiederum unter § 138 BGB. Ob die geschädigten Gläubiger einen Schadensersatzanspruch nach § 826 BGB hätten, sei eine wesentlich anders liegende Frage. So dann distanziert sich der BGH deutlich von einer allzu schablonenhaften Anwendung der SÜ-Tatbestände. Er sagt, es könne nicht allgemein von einem bestimmten Tatbestand der Gläubigergefährdung mit genau festgelegten objektiven und subjektiven Merkmalen ausgegangen werden, vielmehr seien stets die besonderen Umstände des einzelnen Falles darauf zu prüfen, ob der Vertrag mit dem Anstandsgefühl aller Beteiligten und gerecht Denkenden übereinstimme.

1) S. oben S. 20

2) BGH 7, 111 = NJW 52, 1169, mit Anm. von Nebelung (ablehnend) und Borchart (zustimmend) NJW 53, 57; außerdem kritische Stellungnahme von Flessa, NJW 53, 84; Barkhausen, NJW 53, 1412 und Schweiger, MDR 53, 707; Sprengel, MDR 54, 258; Berges BB 54, 886

3) BGH 10, 228 = NJW 53, 1665 = JZ 53, 665 mit ablehnenden Anm. von Barkhausen (NJW) und Meyer-Cording (JZ)

4) Interessenkollisionen S. 30 ff

Die Offenlegung wird nicht erwähnt, auch von Geheimhaltung und Verschleierung wird nicht gesprochen. In seinem Hauptteil grenzt das Urteil die objektive und subjektive Seite der Sittenwidrigkeit gegeneinander ab, wobei im Falle eines Sanierungsversuches eine sorgfältige Prüfung der wirtschaftlichen Lage des Schuldners, u.U. sogar durch einen branchenkundigen Wirtschaftsfachmann, verlangt wird. Von Bedeutung ist dann aber ein Urteil des KG vom 2.11.1954¹⁾. Zu diesem konnte der BGH leider nicht Stellung nehmen, da die Klägerin die Klage zurücknahm²⁾, nachdem die beklagte Bank Revision eingelegt hatte. Die Schriftleitung der NJW hat die Entscheidungsgründe nicht abdrucken lassen, da diese sehr umfangreich seien und in vollem Umfang der Rechtsprechung des BGH folgten. Die Leitsätze sind jedoch ausführlich gehalten.

Das KG subsumiert die SÜ nicht unter § 138 BGB sondern unter § 826 BGB. Dieses kommt in den Worten zum Ausdruck, daß in der Vereinbarung einer umfangreichen und undurchsichtigen SÜ eine gegen die guten Sitten verstoßende unerlaubte Handlung liegen könne.

Aus den Leitsätzen ist besonders hervorzuheben, daß der Inhalt der Offenlegungspflicht sinnvoll umschrieben worden ist und eine Rechtsgrundlage angeführt wurde. Wörtlich heißt es:

"C) 1. ... Erkennt der Sicherungsnehmer bei der Vollziehung des SÜ-Vertrages auf Seiten des Schuldners das Bestreben, seinen übrigen Gläubigern das Bestehen der SÜ zu verheimlichen, so ist er unter Umständen seinerseits verpflichtet, den Schuldner zur Offenbarung der SÜ anzuhalten, bzw. berechtigt und verpflichtet, den übrigen Gläubigern des Schuldners auf deren Anfrage über das Bestehen der SÜ Auskunft zu erteilen.

2. Hat der Sicherungsnehmer durch die Ausgestaltung des SÜ-Vertrages und dessen Vollziehung eine Gefahren-

1) NJW 55, 1558; kritisch dazu Scheer, NJW 56, 410

2) NJW 55, 1776

lage für dritte Gläubiger des Schuldners herbeigeführt, so ist er auf Grund seines vorangegangenen Tuns grundsätzlich verpflichtet, diese Gefährdung durch geeignete Maßnahmen zu beseitigen. Hierzu kann unter Umständen eine Einwirkung auf den Schuldner, seinen Geschäftsgläubigern den Umfang der SÜ zu offenbaren, sowie die Überwachung der Durchführung dieser Maßnahme notwendig und ausreichend sein."

Des weiteren ist erwähnenswert, daß der Begriff Verschleierung wieder dem natürlichen Sprachempfinden angepaßt, nämlich als bewußte Unkenntlichmachung verstanden wird, die richtigerweise in jedem Fall gegen die guten Sitten verstößt. Sodann legt das KG auch den Warenlieferanten die Pflicht auf, vor der Lieferung Erkundigungen über die Kreditwürdigkeit ihrer Abnehmer einzuholen. Ein mitwirkendes Verschulden der Warengläubiger liegt vor, wenn die Lieferungen fortgesetzt werden, obgleich der Abnehmer bereits mit der Bezahlung vorausgegangener Lieferungen in Rückstand geraten ist.

Die nachfolgenden im Zusammenhang mit der SÜ ergangenen BGH-Entscheidungen¹⁾ erwähnen die Offenlegungspflicht überhaupt nicht mehr. Daß sie jedoch in Form der Undurchsichtigkeit bzw. Geheimhaltung weiterhin wirksam ist, bedarf keiner Erläuterung, denn die Sittenwidrigkeit der SÜ besteht ja gerade darin, daß umfangreiche Sicherungen, mit denen die Gläubiger nicht zu rechnen brauchten, gewährt werden, ohne daß dieser Vorgang nach außen in Erscheinung tritt, d.h. offengelegt wird.

1) U. v. 2.2.1955, NJW 55, 1272;
U. v. 2.11.1955, NJW 56, 417 = JZ 56, 95
mit Anm. von Westermann, JR 56, 102 und
Wegerhoff, Betrieb 55, 549;
U. v. 9.11.1955, BGH 19, 12 = NJW 56, 337;
U. v. 1. 2.1956, NJW 56, 585;
U. v. 8. 2.1956, BGH 20, 43 = NJW 56, 706;
U. v. 3. 3.1956, BGH 20, 154 = NJW 56, 945;
U. v. 13. 6.1956, BGH 21, 52 = NJW 56, 1315

Zweiter Abschnitt: Die Tatbestände des Kreditbetruges und der Gläubigergefährdung

I. Die Hauptprobleme in der Rechtsprechung

Aus der Übersicht über die Rechtsprechung geht hervor, daß in erster Linie drei Probleme erörtert werden: 1. die Umstände, die eine SÜ gefährlich machen, d.h. das Verhältnis von übereignetem zu freiem Schuldvermögen; 2. die Prüfungspflicht des Sicherungsnehmers, durch die dieser in Stand gesetzt werden soll, die Umstände zu Ziffer 1 zu erkennen. Das erste Problem kann hier weitgehend ausgeschaltet werden. Für die vorliegende Arbeit genügt zunächst die Feststellung, daß nach Ansicht der Rechtsprechung eine SÜ unter bestimmten Umständen für Drittgläubiger gefährlich werden kann¹⁾. Auch die Prüfungspflicht des Sicherungsnehmers kann nicht erörtert werden. Es muß hier der Hinweis genügen, daß die Rechtsprechung der Verletzung der Prüfungspflicht weit mehr Beachtung schenkt als der Verletzung der Offenlegungspflicht²⁾.

Das dritte von der Rechtsprechung behandelte Problem, die Herausbildung engerer Tatbestände innerhalb der Generalklauseln - eine Methode, die auch von Westermann³⁾ anerkannt wird - erhielt ihren vorläufigen Abschluß durch die Entscheidungen im Jahre 1932⁴⁾. Die wesentlichen Tatbestandsmerkmale (Umfang und Undurchsichtigkeit der SÜ und unzulänglicher Kredit) waren aber - wie gezeigt - schon im Jahre 1917 zusammengestellt worden⁵⁾. Die Ausgestaltung der Tatbestände ist für die Frage der Offenlegungspflicht von grundsätzlicher

1) Kurze Stellungnahme hierzu s. unten S. 55 ff

2) Z.B. RG 147, 321 (331); BGH NJW 53, 1665 und NJW 55, 1272; Die Kritik im Schrifttum betrifft daher in erster Linie die Prüfungspflicht: Jacusiel, BA 31, 393; Simonson, BA 32, 41; Rumpf, LZ 32, 1274; Rospatt, JR 33, 201; Diepenbruck, BA 33, 380; aus neuerer Zeit: Barkhausen, NJW 53, 1665; Westermann, Interessenkollisionen, S. 38; Wegerhoff, Betrieb 55, 549

3) Interessenkollisionen S. 29

4) RG 136, 247 und 293; Siehe oben S. 23 ff

5) Gruch 62, 86; Siehe oben S. 20

Bedeutung. Sie sind der Ansatzpunkt und bilden den Rahmen, in dem die Offenlegungspflicht geprüft wird. Zunächst ist die Frage zu beantworten, welche der fünf Tatbestände heute noch untersucht werden müssen. Alsdann sind die Tatbestände darauf zu prüfen, ob sie sowohl durch positives Tun als auch durch Unterlassen verwirklicht werden können. Nur die zweite Möglichkeit ist hier interessant, denn die Offenlegung als Schadenverhinderungspflicht¹⁾ erlangt nur dann selbständige Bedeutung, wenn eine Verurteilung wegen Verwirklichung der Tatbestände durch positives Tun ausscheidet.

Die beiden Tatbestände der Aussaugung und der stillen Geschäftsinhaberschaft können von vornherein aus der Betrachtung ausscheiden, da sie schon vor dem Kriege keine Bedeutung gehabt haben. Die übrigen drei Tatbestände Konkursverschleppung, Kreditbetrug und Gläubigergefährdung sind von Westermann²⁾ noch ausführlich behandelt worden, obwohl bereits damals die erste BGH-Entscheidung, die sich von den festformulierten Tatbeständen distanzierte, ergangen war. Auch Wegerhoff behandelte 1955 die Tatbestände noch in aller Ausführlichkeit. Inzwischen haben weitere BGH-Entscheidungen³⁾ die Abweichungen von den überlieferten Tatbeständen bestätigt. Sie haben jedoch inzwischen so sehr betont, es sei jeweils auf den Einzelfall abzustellen, wann eine SÜ gefährlich und sittenwidrig sei, daß bereits Stimmen laut geworden sind, die eine Herleitung des Ergebnisses "rein nach dem Gefühl" für untragbar halten⁴⁾. Die nachfolgende Untersuchung beschäftigt sich daher mit den Tatbeständen des Kreditbetruges und der Gläubigergefährdung, da sie von jeher im Mittelpunkt der Diskussion gestanden haben.

1) S., oben S.8

2) Interessenkollisionen S. 30; ebenso Stehle-Capeller, Gläubigerrisiko, S. 33

3) So insbesondere BGH 10, 228, vgl. oben S.30

4) Barkhausen, NJW 55, 1272

II. Der Kreditbetrug nach § 826 BGB

1. Die Verwirklichung durch positives Tun

a) Vorsätzlicher Abschluß einer gefährlichen SÜ

Der Tatbestand des Kreditbetruges bereitet keine großen Schwierigkeiten, da er nur ein auf die SÜ abgestellter Spezialfall des allgemeinen Kreditbetrug-Tatbestandes ist. Das wichtigste Tatbestandsmerkmal, die arglistige Täuschung, ist mit allen anderen Betrugstatbeständen identisch. Erst bei den übrigen Merkmalen wird die SÜ berücksichtigt, und zwar in drei Punkten¹⁾: Der Täter des Kreditbetruges muß ein Sicherungsnehmer sein; Gegenstand, über den getäuscht wird, muß die durch die hergegebenen Sicherheiten herbeigeführte Kreditunwürdigkeit des Schuldners sein; schließlich muß der Erfolg des Betruges die Kreditgewährung des Drittgläubigers an den Schuldner sein.

Bei dem vom RG entwickelten Tatbestand des Kreditbetruges muß also der Täter vor der eigentlichen Täuschungshandlung eine den Schuldner kreditunwürdig machende SÜ abgeschlossen haben. Die auf diese Weise für Drittgläubiger gefährliche SÜ ist gewissermaßen eine erste Stufe, an die sich die Täuschungshandlung (Täuschung über den Abschluß der kreditunwürdig machenden SÜ) als zweite Stufe anschließt.

Der Tatbestand der Gläubigergefährdung des RG ist dadurch gekennzeichnet, daß Drittgläubiger zu Schaden kommen, ohne daß von einem betrügerischen Vorgehen des Sicherungsnehmers die Rede sein könnte. Hier ist also nur die bei dem Kreditbetrug festgestellte erste Stufe vorhanden. Die gefährliche SÜ ist allein ursächlich für einen späteren Schaden, die zusätzliche Täuschungshandlung des Sicherungsnehmers ist nicht erforderlich.

Mit der Gläubigergefährdung wollte das RG einen Tatbestand

1) Wortlaut der Tatbestände des Kreditbetruges und der Gläubigergefährdung s. oben S. 24

schaffen, der sich scharf von dem des Kreditbetruges unterscheidet. Es wollte hierdurch eine Kompromißlösung finden: Auf der einen Seite sollten Drittgläubiger vor umfangreichen und undurchsichtigen SÜen geschützt werden, auf der anderen Seite sollte der Sicherungsnehmer nicht mit dem Makel des Betrügers belastet werden. Außerdem sollten Beweisschwierigkeiten vermieden werden. Dementsprechend waren auch die Rechtsfolgen bei der Gläubigergefährdung schwächer als beim Kreditbetrug: Im ersten Fall lediglich Nichtigkeit der SÜ, im zweiten jedoch Ersatz des vollen Vertrauensschadens.

Die an sich berechtigten Motive zur Schaffung eines sich vom Kreditbetrug unterscheidenden Tatbestandes konnten nicht verhindern, daß die neue Konstruktion kurze Zeit später wieder rückgängig gemacht wurde. Das RG¹⁾ erkannte, daß man den Abschluß der gefährlichen SÜ (1. Stufe) nicht von der Täuschungshandlung (2. Stufe) trennen kann. Der Sicherungsnehmer täuscht vielmehr durch den Abschluß der gefährlichen SÜ²⁾. Der Vertragsschluß ist die Täuschungshandlung. Auf diese Weise wurde auch die Gläubigergefährdung mit dem Makel des betrügerischen Vorgehens belastet, vorausgesetzt, daß die übrigen Tatbestandsmerkmale des § 826 BGB erfüllt waren. Damit entfiel der Grund für eine schwächere Rechtsfolge. Auch bei der Gläubigergefährdung mußte nunmehr der volle Vertrauensschaden ersetzt werden.

Die wichtigsten Sätze aus der Entscheidung vom 21.12.1933³⁾ sollen hier wiedergegeben werden:

"Der im RGZ Bd. 136 S. 247 vom IX. Zivilsenat vertretenen Auffassung, daß im Sonderfall der Gläubigergefährdung (s. 254 Nr. 5) und möglicherweise auch in den S. 253 unter Nr. 1 bis 3 behandelten Sonderfällen der Sicherungsnehmer nur in beschränktem Umfang hafte, nämlich dem geschädigten Dritten nur die durch die SÜ

1) RG 143, 48; S. oben S. 26

2) S. oben S. 25 , auf der das Wort "Abschluß" unterstrichen wurde

3) RG 143, 53 f

erworbenen Gegenstände - ähnlich wie nach den Vorschriften des Anfechtungsgesetzes vom 21.7.1879 (RGBL. S. 277) / 20.5.1896 (RGBL. S. 709) - zum Zweck der Zwangsvollstreckung zur Verfügung stellen müsse, vermag der erkennende Senat nicht beizutreten.

Denn auch in allen diesen Sonderfällen täuscht der Sicherungsnehmer, ganz ebenso wie im Sonderfall des Kreditbetruges (S. 254 a.a.O. Nr. 4), den Dritten über die Kreditwürdigkeit des Schuldners. Diese Beirrung des redlichen Verkehrs ist es, welche den Sittenverstoß und die vorsätzliche Schadenszuführung des Sicherungsnehmers darstellt. Der Umfang des von diesem zu leistenden Schadenersatzes regelt sich in den Fällen des § 826 BGB dahin, daß das Vertrauensinteresse dem Dritten zu ersetzen ist (§§ 249 ff BGB) ...".

Die Entscheidung hat im Schrifttum Zustimmung gefunden¹⁾. Es waren hierfür zwei Gründe maßgebend. Einmal war es ungewöhnlich, die Rechtsfolge des § 826 BGB in der Weise einzuschränken, daß nur die SÜ nichtig sein sollte. Nach herrschender Meinung muß nämlich bei § 826 BGB stets der volle Vertrauensschaden ersetzt werden. Zum anderen wurde es als nicht erforderlich angesehen, einen betrugsfreien neuen Tatbestand zu schaffen, da die unter diesen fallenden Sachverhalte sinnvoller mit Hilfe der Anfechtungstatbestände geregelt werden können²⁾.

Nach dem Erlaß der Entscheidung von 1933 war die Trennung zwischen Kreditbetrug und Gläubigergefährdung im Rahmen des § 826 BGB nicht mehr erforderlich und auch nicht möglich. Es gibt nur den Tatbestand des Kreditbetrugs nach § 826 BGB, wobei die Täuschung in dem vorsätzlichen Abschluß einer für Dritte gefährlichen SÜ besteht. Da infolgedessen die Täuschung mit dem Abschluß der SÜ vollendet ist, spielt es für die Verwirklichung des Tatbestandes keine Rolle, ob der Sicherungsnehmer später durch irgendwelche zusätzlichen Täuschungshandlungen die SÜ noch weiter verheimlicht. Diese Tätigkeit hat keine selbständige Bedeutung³⁾.

1) Westermann, Interessenkollisionen, S. 27 u. Anm. 72 mit weiteren Hinweisen;
a.A. K.H. Lehmann, Die SÜ, S. 53

2) Ebenso Westermann, Interessenkollisionen, S. 25

3) Ebenso Altenhenne, Offenbarungspflicht, S. 45

Der Unterschied zwischen dem Kreditbetrug nach RG. Bd. 136 und demjenigen nach RG. Bd. 143 besteht also darin, daß im ersten Falle der Kreditbetrug erst durch die zusätzliche Täuschungshandlung (Verheimlichen) zustandekommt, während im zweiten Falle der Kreditbetrug durch den Abschluß der gefährlichen SÜ erfolgt, wobei es gleichgültig ist, ob der Sicherungsnehmer die SÜ noch durch andere Maßnahmen weiter verheimlicht oder nicht.

Leider ist die sich aus der neuen Entscheidung ergebende Konsequenz nicht mit der nötigen Schärfe gesehen worden. Viele spätere Urteile knüpften einfach an die Entscheidungen des Jahres 1932 an, ohne deren Korrektur aus dem folgenden Jahre die erforderliche Beachtung zu schenken. Erschwert wurde die begriffliche Trennung auch deswegen, weil der Tatbestand der Gläubigergefährdung nicht vollständig überflüssig wurde, sondern nur im Rahmen des § 826 BGB. An späterer Stelle wird dargelegt, daß die Gläubigergefährdung nach § 138 BGB weiterhin ihre Berechtigung hat.

b) Verheimlichen einer nachträglich gefährlich gewordenen SÜ

Neben dem Kreditbetrug durch Abschluß einer gefährlichen SÜ gibt es noch eine zweite Ausgestaltung des Kreditbetruges, die mit dem von Hoeniger¹⁾ erwähnten Fall der "mala fides superveniens" zusammenhängt. Es soll beispielsweise angenommen werden, daß der Sicherungsnehmer eine ursprünglich ungefährliche SÜ abgeschlossen hat, also der Umfang der SÜ sich in angemessenem Verhältnis zu dem Umfang des Betriebsvermögens hält. Wenn sich nun anschließend die wirtschaftlichen Verhältnisse des Schuldners mehr und mehr verschlechtern und sein Vermögen zusammenschrumpft, so kommt

1) JW 31, 515 und 3060; JW 33, 466; dagegen Bauer-Mengelberg, JW 32, 100; vermittelnd Gottschalk, JW 32, 1716
Mit dem Fall beschäftigt sich auch die Rechtsprechung in RG 143, 56. Das RG bezeichnet ihn als Fall der nachträglich eingetretenen Bösgläubigkeit des Sicherungsnehmers.
Vgl. auch oben S. 26 f

schließlich der Zeitpunkt, in dem das ursprünglich gesunde Verhältnis zwischen SÜ und Betriebsvermögen nicht mehr vorhanden ist. Die sicherungsübereigneten Gegenstände bilden allmählich das einzige Vermögen des Schuldners, und die SÜ wird somit zu einer Gefahr für andere Gläubiger¹⁾. Hoeniger²⁾ charakterisiert den Vorgang folgendermaßen:

"Es ist jetzt ohne Zutun des Sicherungsnehmers der Sachverhalt eingetreten, der, wenn er von Anbeginn vorhanden gewesen wäre, die SÜ nach § 138 BGB nichtig gemacht hätte. Verstößt der Sicherungsnehmer (Dauerkreditgeber) nicht jetzt gegen § 826 BGB, wenn er diesen Zustand aufrechterhält? Hat jetzt der Sicherungsnehmer nicht vielmehr die Pflicht, Schluß zu machen, wenn er sieht, daß der Schuldner auf die Dauer nicht mehr wirtschaftlich lebensfähig ist?"

Hoeniger sieht die mala fides superveniens als ein Problem des Unterlassens. In dieser Form dürfte sie auch in der Regel auftreten und unter diesem Gesichtspunkt soll sie darum weiter unten noch behandelt werden³⁾. Es kann aber auch der Fall vorkommen, daß der Sicherungsnehmer, nachdem er die nachträgliche Gefährlichkeit seiner SÜ erkannt hat, diese durch positive Handlungen gegenüber anderen Gläubigern zu verheimlichen sucht. Hier kann der Kreditbetrug nicht durch den Abschluß einer gefährlichen SÜ verwirklicht werden, da die Gefährlichkeit bei Abschluß des Vertrages noch nicht vorhanden war. Die nachträglich eintretende Gefahr spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle. Mangels einer gefährlichen SÜ gewinnt nun aber das Verdecken selbständige Bedeutung, d.h. erst durch das Verheimlichen der gefährlich gewordenen SÜ kommt der Kreditbetrug zustande. Dies ist die notwendige Folge aus der oben⁴⁾ erwähnten rechtlichen Situation, daß wegen der vorangegangenen

1) Der Unterschied zu dem eingangs geschilderten typischen Sachverhalt (s. oben S. 3) besteht darin, daß das Mißverhältnis zwischen freiem und übereignetem Vermögen in dem Eingangsfall durch Vermehrung des übereigneten Vermögens, hier dagegen durch Verminderung des freien Vermögens entsteht.

2) JW 31, 3060

3) S. unten S. 43

4) S. unten S. 37

gefährlichen SÜ das nachträgliche Verheimlichen seine selbständige Bedeutung verliert.

In dem hier konstruierten Fall wird der Sicherungsnehmer wegen Kreditbetruges durch Verdecken einer nachträglich gefährlich gewordenen SÜ zum Schadensersatz verurteilt. Er wird also nicht wie bei der ersten Ausgestaltung des Kreditbetruges wegen einer Handlung verurteilt, die ihn zum Sicherungsnehmer gemacht hat, sondern wegen einer anderen, die mit seiner Stellung als Sicherungsnehmer nicht direkt etwas zu tun hat. Verheimlichen ist nämlich nicht eine für den Sicherungsnehmer typische Handlung, da sie auch von einem beliebigen Dritten vorgenommen werden kann.

Nur die Tatsache, daß es gleichwohl letzten Endes seine eigene SÜ ist, die den Drittgläubiger täuscht und schädigt, rechtfertigt es, daß der Fall dieses Sicherungsnehmers noch in den Bereich der vorliegenden Arbeit fällt. Unter Sicherungsnehmer im Sinne des Themas ist nämlich nur derjenige Kreditgeber zu verstehen, der an dem Abschluß der gefährlichen SÜ beteiligt ist, durch die dann der Schaden herbeigeführt wird.

Die Situation des Sicherungsnehmers wird deutlich, wenn man sich vergegenwärtigt, daß auch beliebige andere Personen einen Kreditbetrug durch Verdecken einer gefährlichen SÜ begehen können, wobei es dann sogar gleichgültig ist, ob es sich um eine ursprünglich gefährliche oder um eine nachträglich gefährlich gewordene SÜ handelt. Es ist z.B. durchaus denkbar, daß ein Freund des Sicherungsnehmers, der im Betrieb des Schuldners angestellt ist, die SÜ verdeckt. Die möglichen Täter können auch selbst in der Weise Sicherungsnehmer sein, daß sie unabhängig von dem bisher erwähnten Sicherungsnehmer mit demselben Schuldner bereits früher unbedeutende und daher ungefährliche SÜen abgeschlossen haben.

Aus alledem ergibt sich, daß der klassische Fall des Kreditbetruges die zunächst erwähnte erste Ausgestaltung ist, nämlich der Kreditbetrug durch Abschluß einer gefährlichen SÜ, also gerade der Vorgang, den das RG aus dem Tatbestand des Kreditbetruges ausgeklammert hatte. Die zweite Ausgestaltung des Kreditbetruges stimmt zwar weitgehend mit dem vom RG aufgestellten Tatbestand des Kreditbetruges überein. Die SÜ spielt aber nur insoweit eine Rolle, als sie zur Kreditunwürdigkeit des Schuldners beigetragen haben muß, über die die Drittgläubiger dann anschließend getäuscht werden.

c) Zusammenfassung

Der Kreditbetrug tritt bei der SÜ in zwei Ausgestaltungen auf:

1. Der Kreditbetrug durch Abschluß einer gefährlichen SÜ, der vom RG als Gläubigergefährdung bezeichnet wird. Ob die SÜ nachträglich verdeckt wird oder nicht ist ohne Bedeutung, da in jedem Fall der volle Schaden nach § 826 BGB ersetzt werden muß. Ein neuer, rechtlich erheblicher Kreditbetrug wird durch das Verdecken nicht verwirklicht.
2. Der Kreditbetrug durch Verheimlichen einer nachträglich gefährlich gewordenen SÜ.

Wie eine SÜ beschaffen sein muß, um die Gefahr einer Schädigung Dritter herbeizuführen, wurde nicht erörtert. Es wurde lediglich mit der allgemeinen Meinung unterstellt, daß es eine gefährliche SÜ geben kann.

2. Die Verwirklichung durch Unterlassen

a) Nicht vorsätzlicher Abschluß einer gefährlichen SÜ

Daß § 826 BGB durch Unterlassen verwirklicht werden kann und auch ein Kreditbetrug durch Unterlassen möglich ist, folgt aus dem Handlungsbegriff, der Tun und Unterlassen

umfaßt¹⁾. Der Kreditbetrug in seiner ersten Ausgestaltung hat jedoch nach der hier vertretenen Auffassung den besonderen Inhalt, daß er durch den Abschluß einer gefährlichen SÜ verwirklicht wird. Für diesen Fall muß ein Unterlassungstatbestand gefunden werden.

Es besteht die Möglichkeit, daß der Sicherungsnehmer eine objektiv gefährliche SÜ abschließt, ohne sich dessen bewußt zu sein. In diesem Fall liegt zwar ein positives Handeln vor, gleichwohl kann der Sicherungsnehmer wegen seines Handelns nicht verurteilt werden, da es an dem für § 826 BGB erforderlichen Vorsatz der Schädigung fehlt. Erkennt der Täter hinterher, aber vor Eintritt des Schadens, daß er eine gefährliche SÜ abgeschlossen hatte, so ist er von diesem Zeitpunkt an verpflichtet, durch irgendwelche Maßnahmen²⁾, zu denen dann auch die Offenlegung gehört, den Eintritt des Schadens zu verhindern. Kommt er seiner Verpflichtung nicht nach, so wird er zum Schadensersatz verurteilt, da er es unterlassen hat, den Schaden abzuwehren. Hier hat also trotz der durch positives Tun abgeschlossenen gefährlichen SÜ das nachfolgende Unterlassen selbständige Bedeutung.

An dieser Stelle kann nun schon sogleich vorweggenommen werden, welche Rechtspflicht der Sicherungsnehmer verletzt, wenn er nachträglich die Gefährlichkeit der abgeschlossenen SÜ erkennt, aber gleichwohl den durch sie entstehenden Schaden nicht verhindert. Da der Täter eine gefährliche SÜ abgeschlossen hat, kommt nur die Rechtspflicht aus vorangegangenem, gefährdendem, schuldlosem Tun in Frage. Auf die Einzelheiten, insbesondere auf die zu dem Problemkreis entwickelte Ansicht des RG soll später näher eingegangen werden. Auf die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun wurde hier nur deshalb schon hingewiesen, weil sich diese Rechtsgrundlage so ohne weiteres anbietet.

1) Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 53

2) KG NJW 55, 1558

b) Fall der "mala fides superveniens"

Es bleibt nun noch zu erörtern, ob auch bei der zweiten Ausgestaltung des Kreditbetruges das Problem der Offenlegungspflicht auftritt. Es handelte sich dort um den Fall des Kreditbetruges durch Verheimlichen einer nachträglich gefährlich gewordenen SÜ. Bei ihm hatte das Verheimlichen selbständige Bedeutung, da erst hierdurch der Kreditbetrug zustande kommt. Das gleiche gilt für ein Unterlassen des Aufdeckens, d.h. ein Unterlassen der Offenlegung. An diesen Fall hat Hoeniger¹⁾ gedacht, als er die "mala fides superveniens" erörterte. Der Sicherungsnehmer verhält sich hier vollständig untätig, obwohl er erkannt hat, daß die von ihm abgeschlossene SÜ nachträglich gefährlich geworden ist.

Bei den Ausführungen über die zweite Ausgestaltung des Kreditbetruges durch positives Tun wurde festgestellt²⁾, daß das Verheimlichen keine für den Sicherungsnehmer typische Handlung ist, daß vielmehr auch andere Personen einen Kreditbetrug durch Verheimlichen einer ursprünglich gefährlichen oder nachträglich gefährlich gewordenen SÜ begehen können. Auch hier soll daher vergleichsweise der Fall angeführt werden, daß ein anderer Sicherungsnehmer desselben Schuldners (oder ein beliebiger Dritter) gewissermaßen als Zuschauer den Abschluß der gefährlichen SÜ bzw. das nachträgliche Gefährlichwerden der ursprünglich ungefährlichen SÜ in allen seinen Teilen beobachtet hat. Es taucht dann die Frage auf, ob dieser Sicherungsnehmer zur Offenlegung der gefährlichen SÜ verpflichtet ist, wenn er merkt, daß Dritte im Vertrauen auf das noch vorhandene Vermögen des Schuldners diesem Kredit geben wollen. Die Frage nach der Offenlegungspflicht ist nicht ganz unberechtigt, da nach Ansicht des RG und EGH bei der Beurteilung der Gefährlichkeit einer SÜ die bereits abgeschlossenen SÜen mitberücksichtigt werden müssen³⁾.

1) JW 31, 515 und 3060; JW 33, 466; RG 143, 56;
S. auch oben S. 38 Fußnote 1

2) S. oben S. 40

3) RG 136, 259; S. oben S. 26

Wenn auch hinsichtlich des zuletzt genannten SÜ-Tatbestandes die Frage der Rechtspflicht angeschnitten werden soll, so kann ohne weiteres gesagt werden, daß hier eine Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun ganz ausscheidet, da der Sicherungsnehmer keine gefährliche SÜ abgeschlossen hat. Es ergibt sich also für diese Fälle die Notwendigkeit, die übrigen Rechtspflicht-Grundlagen zu prüfen, also die von Westermann aufgeführten Rechtspflichten aus Vertrag, vertragsähnlichen Verhältnissen oder sonstigen Beziehungen (Ziffer 3) und die Rechtspflicht, Dritte vor Schaden zu bewahren und die Verkehrssicherungspflicht (Ziffer 4). Diese Aufzählung bedarf an späterer Stelle noch der Ergänzung.

c) Zusammenfassung

Bei den zwei Ausgestaltungen des Kreditbetruges nach § 826 BGB gibt es je einen Fall, bei dem der Sicherungsnehmer wegen Unterlassens der Offenlegung zum Schadensersatz verurteilt werden kann und bei dem infolgedessen die Prüfung einer Rechtspflicht erforderlich ist, nämlich

1. Kreditbetrug durch Unterlassen der Schadensverhinderung trotz der nachträglichen Erkenntnis, daß eine ursprünglich gefährliche SÜ abgeschlossen wurde, und
2. Kreditbetrug durch Unterlassen der Offenlegung trotz der Erkenntnis, daß die ursprünglich ungefährliche SÜ nachträglich gefährlich geworden ist (Fall der mala fides superveniens, dem vergleichsweise der Fall beige-fügt werden kann, daß ein Sicherungsnehmer zusieht, wie ein anderer Sicherungsnehmer eine gefährliche SÜ abschließt).

In beiden Fällen können nur bestimmte Rechtsgrundlagen für Offenlegungspflichten in Frage kommen, nämlich im ersten Fall die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun und im zweiten Fall die übrigen Rechtsgrundlagen zur Begründung einer Offenlegungspflicht.

III. Die Gläubigergefährdung nach § 138 BGB

1. Das Verhältnis der Gläubigergefährdung nach § 138 BGB zum Kreditbetrug nach § 826 BGB

Die vorangegangenen Überlegungen haben zu dem Ergebnis geführt, daß im Rahmen des § 826 BGB die Gläubigergefährdung mit dem Kreditbetrug identisch ist. Die Gläubigergefährdung nach § 826 BGB ist auch schon sprachlich ein Unding, denn die Gefährdung als solche ist für § 826 BGB unerheblich. Diese Vorschrift kann nur angewendet werden, wenn ein Schaden vorliegt. Es könnte also allenfalls von einer Gläubigerschädigung nach § 826 BGB gesprochen werden.

Auch der Überblick über die Rechtsprechung hat gezeigt, daß der Tatbestand der Gläubigergefährdung zwar im Rahmen des § 826 BGB entwickelt worden ist, daß sie aber in den meisten Fällen unter § 138 BGB subsumiert wurde. Bis etwa 1921 wurde nur § 826 BGB herangezogen und auch die Grundsatzentscheidungen von 1932 gingen von § 826 BGB aus. Seit der grundlegenden Entscheidung aus dem Jahre 1933 trat dann § 138 BGB in den Vordergrund, und die wichtigsten Entscheidungen nach dem zweiten Weltkrieg berücksichtigten ebenfalls nur § 138 BGB. Eine Erklärung für dieses Schwanken der Rechtsprechung ist in keiner Entscheidung zu finden.

Die §§ 826 und 138 BGB bieten sich deshalb als Möglichkeiten zur Subsumierung an, weil eine SÜ als Täuschungshandlung immer zugleich auch Rechtsgeschäft ist. Sie kann also sowohl nach § 138 BGB wegen Sittenwidrigkeit nichtig sein als auch nach § 826 BGB einen Schaden verursachen. Über das Verhältnis von § 138 BGB zu § 826 BGB sind immer wieder Meinungsverschiedenheiten entstanden, obwohl das RG in seiner Entscheidung vom 21.12.1933¹⁾ mit aller wünschenswerten Deutlichkeit die Unterschiede herausgestellt hatte. Falls die Sittenwidrigkeit eines Rechtsgeschäfts sich nicht

1) RG 143, 48

aus dessen Inhalt selbst ergibt, ist sie in zwei Fällen möglich, nämlich einmal bei unsittlichem Handeln beider Vertragspartner gegenüber einem Dritten, und zum andern bei einem sittenwidrigen Handeln der einen Vertragspartei gegenüber der anderen. Eine Sittenwidrigkeit, die sich aus dem Inhalt einer SÜ ergibt, kommt praktisch nicht vor, da die Übereignung neutral ist. Bei den zwei anderen Fällen ist einmal das Handeln der Vertragspartner auf einen Dritten gerichtet, d.h. aus dem Bereich der Vertragsschließenden hinaus nach außen. Im zweiten Fall vollzieht sich das sittenwidrige Handeln innerhalb des Bereichs der Vertragspartner. Dieser Fall ist unter dem Begriff der Knebelung in die Rechtsprechung eingegangen, während der erste Fall den hier interessierenden Tatbestand der Gläubigergefährdung darstellt¹⁾.

Der Unterschied zwischen dem Kreditbetrug nach § 826 BGB und der Gläubigergefährdung nach § 138 BGB besteht im wesentlichen darin, daß im ersten Fall entsprechend der Vorschrift des § 826 BGB Vorsatz und Schaden erforderlich sind, während bei § 138 BGB Kenntnis ohne Schaden genügt. Es ist also möglich, daß derselbe Sachverhalt gleichzeitig die Tatbestände der Gläubigergefährdung und des Kreditbetruges erfüllt, wenn nämlich die schärferen Anforderungen des § 826 BGB zusätzlich erfüllt werden. Hierbei entsteht dann das Problem, ob die Drittgläubiger durch eine nichtige SÜ getäuscht werden können. Die Frage ist zu bejahen, da die Täuschung eine tatsächliche Handlung ist, die von der Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht berührt wird²⁾.

2. Die Verwirklichung durch positives Tun

Gläubigergefährdung und Kreditbetrug haben u.a. als gemeinsames Tatbestandsmerkmal die in sittenwidriger Weise vorge-

1) Dem Vorschlag von Wegerhoff (Grenzen der SÜ S. 58), die Gläubigergefährdung nach § 138 BGB als Kredittäuschung zu bezeichnen, braucht nicht gefolgt zu werden, da die Terminologie auch ohne diesen Begriff eindeutig ist.

2) Ähnlich K.E. Lehmann, Die SÜ, S. 46

nommene Täuschung durch Abschluß einer gefährlichen SÜ. Infolgedessen gilt alles, was zu dieser Frage bei der Entwicklung des Kreditbetrug-Tatbestandes gesagt wurde, auch für die Gläubigergefährdung.

Von Offenlegung kann im Rahmen des § 138 BGB nur in abgewandelter Form gesprochen werden. Nach Ansicht des RG ist eine umfangreiche und undurchsichtige SÜ sittenwidrig und damit nach § 138 BGB nichtig. Eine von vornherein nichtige SÜ ist nicht entstanden. Daraus folgt, daß eine umfangreiche SÜ nur entsteht, wenn sie gleichzeitig offengelegt wird. Durch die Rechtsfolge des § 138 BGB wird daher bei einer umfangreichen SÜ die Offenlegung erzwungen. Sie erhält den Charakter einer Entstehungsvoraussetzung der SÜ; allerdings nur unter besonderen Umständen, nämlich bei umfangreicher SÜ.

Daß die Offenlegung im Rahmen der Gläubigergefährdung eine andere ist als beim Kreditbetrug, ist auch von der Rechtsprechung erkannt worden. In der Übersicht über die Rechtsprechung¹⁾ ist die Stelle wörtlich angeführt worden, an der zwischen der eigentlichen Rechtspflicht (beim Kreditbetrug) und der uneigentlichen Rechtspflicht (bei der Gläubigergefährdung) unterschieden wird. Das RG spricht also bei der Gläubigergefährdung nicht von der Offenlegung als Entstehungsvoraussetzung sondern von uneigentlicher Rechtspflicht. Das hängt mit der Tatsache zusammen, daß Kreditbetrug und Gläubigergefährdung von dem RG im Rahmen des § 826 BGB geprüft werden. Da es nach der hier vertretenen Auffassung nur eine Gläubigergefährdung nach § 138 BGB gibt, muß auch die Unterscheidung zwischen eigentlicher und uneigentlicher Rechtspflicht abgelehnt werden.

Die Unterscheidung ist aber vom RG selbst bereits kurze Zeit später aufgegeben worden. Der eigentliche Grund für die Annahme zweier Rechtspflicht-Arten ist derselbe gewesen,

1) S. oben S. 25

der auch zur Aufstellung der Tatbestände führte. Wie bereits erwähnt¹⁾, wollte das RG in der Gläubigergefährdung einen Tatbestand haben, bei dem nicht der volle Schaden ersetzt werden mußte, sondern bei dem der Schaden nur in dem Abschluß der SÜ bestand, also praktisch einem Anfechtungstatbestand gleichkam. Diese Ansicht hat das RG aber schon in seiner Entscheidung vom 21.12.1933 wieder aufgegeben und in jedem Falle den Ersatz des vollen Schadens verlangt. Wie es aber die SÜ-Tatbestände unverändert hat bestehen lassen, so hat es leider auch unterlassen, die unzutreffende Auffassung der vorhergehenden Entscheidung über die Rechtspflichten zu korrigieren. Das Schrifttum ist im allgemeinen der neuen Ansicht des RG gefolgt, hat aber die sich daran anschließenden Rechtspflichtprobleme nicht erörtert.

3. Keine Verwirklichung durch Unterlassen

Es bleibt nun noch die Frage zu beantworten, ob die Gläubigergefährdung nach § 138 BGB auch durch Unterlassen begangen werden kann. Nur in diesem Falle kann ja die Offenlegungspflicht selbständige Bedeutung erlangen und ist es nach der Rechtspflichttheorie²⁾ denkbar, daß wegen der Verletzung einer Offenlegungspflicht zum Schadensersatz verurteilt wird.

Nun kann man auch bei § 138 BGB in abgewandeltem Sinne von Unterlassen sprechen. Die Vorschrift setzt ein Rechtsgeschäft voraus, das aus einer oder mehreren privaten Willenserklärungen besteht. Diese können auch stillschweigend, also durch Nichtstun³⁾ abgegeben werden, falls aus den Umständen auf das Vorhandensein eines rechtsgeschäftlichen Willens geschlossen werden kann.

Derartige Überlegungen führen jedoch nicht zum Ziel. Es wurde oben⁴⁾ ausgeführt, daß die Offenlegung als echte

1) S. oben S. 36

2) S. oben S. 7

3) Palandt-Danckelmann Einf. vor § 116 BGB Anm. 1

4) S. oben S. 8

Rechtspflicht nur in Form der Schadensverhinderungspflicht auftritt. Das Unterlassen muß also einen Schaden verursacht haben, dessen Eintritt durch die Offenlegung hätte verhindert werden können. Demgegenüber kann das Nichtstun im Rahmen des § 138 BGB unter bestimmten Voraussetzungen nur zum Abschluß eines Rechtsgeschäftes führen. Da die Vorschrift nicht den Eintritt eines Schadens verlangt, ist für die Offenlegung als Schadensverhinderungspflicht kein Raum.

Westermann¹⁾ scheint gleichwohl eine Offenlegungspflicht bei § 138 BGB für möglich zu halten. Er untersucht die Gläubigergefährdung, die der BGH in einer kurz vorher veröffentlichten Entscheidung²⁾ unter § 138 BGB subsumiert hatte und prüft in diesem Zusammenhang auch die möglichen Rechtsgrundlagen der Offenlegungspflicht. Der Zusammenhang mit § 138 BGB darf aber wohl nicht zu starr gesehen werden. Es ist mehr eine Betrachtung der Offenlegungsprobleme im Rahmen der Täuschungshandlung. Diese aber gehört nicht nur zum Tatbestand des § 138 BGB, sondern mehr noch zu § 826 BGB. Für eine nur lose Verknüpfung der Rechtspflichtprobleme mit § 138 BGB spricht auch der Umstand, daß Westermann alle nur denkbaren Rechtsgrundlagen erwähnt, von denen oben³⁾ festgestellt wurde, daß sie teils echte Rechtspflichten, teils Entstehungsvoraussetzungen sind.

Daß aus § 138 BGB in abgeschwächtem Sinne eine Offenlegungspflicht zur Verhinderung eines eventuellen Schadens abgeleitet werden kann, wurde in dem vorausgehenden Abschnitt⁴⁾ erläutert. Es handelt sich jedoch bei dieser Art der Offenlegung nicht um eine wirkliche Rechtspflicht, sondern um eine Voraussetzung für das Entstehen der StU. Das RG⁵⁾ hat sie als uneigentliche Rechtspflicht bezeichnet.

1) Interessenkollisionen S. 30 ff

2) U.v. 9.7.1953, BGH 10, 228; s. oben S. 30

3) S. oben S. 8

4) S. oben S. 47

5) RG 136, 258 f

Nach von Tuhr¹⁾ gehört diese Art der Offenlegung zu den Geboten im eigenen Interesse.

Da bei § 138 BGB keine echten Rechtspflichten (Schadenverhinderungspflichten) auftreten, scheidet der Tatbestand der Gläubigergefährdung nach § 138 BGB nunmehr aus der Untersuchung aus. Die nachfolgenden Überlegungen bezüglich der Rechtsgrundlagen gelten nur noch für die Tatbestände des Kreditbetruges nach § 826 BGB durch Unterlassung.

Dritter Abschnitt: Die Rechtsgrundlagen der Offenlegungspflicht beim Kreditbetrug

I. Die Rechtsgrundlage der Offenlegungspflicht bei nicht vorsätzlichem Abschluß einer gefährlichen SÜ

A) Die Rechtsgrundlage des vorangegangenen Tuns

Im ersten Teil²⁾ wurden die von Westermann aufgeführten Rechtsgrundlagen in zwei Gruppen eingeteilt. Die unter Ziffer 3 bis 5 genannten Rechtsgrundlagen ergaben Schadensverhinderungspflichten, die helfen sollten, eine mißbräuchliche Ausgestaltung der SÜ zu verhindern. Sie sollen im folgenden näher erörtert werden.

1. Die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun im Strafrecht und Zivilrecht

Die von Westermann vorgenommene Aufzählung der Rechtsgrundlagen entspricht nicht ganz der allgemein üblichen Zusammenstellung. Meist werden schlagwortartig als mögliche Grundlagen Gesetz, Vertrag und vorangegangenes Tun genannt. Diese Dreiteilung ist die im Strafrecht allgemein gebräuchliche, jedoch kommen auch andere Einteilungen vor. Z.B. gibt der Leipziger Kommentar allein zwei Variationen:

¹⁾ Der Allgemeine Teil, I. Band, S. 57 ff

²⁾ S. oben S. 7 f

Einmal nennt er objektives Recht, Sozialethik und Rechtsgeschäft als Grundlage für Rechtspflichten¹⁾, dann an anderer Stelle²⁾ Gesetz, Gewohnheitsrecht, Vertrag (Treu und Glauben) und besonderes Vertrauensverhältnis.

Im Zivilrecht wird in der Regel eine andere Dreiteilung verwendet, nämlich Gesetz, Vertrag und Verkehrssicherungspflicht. Letztere tritt also an die Stelle des vorangegangenen Tuns. Es fragt sich, ob sie nicht nur äußerlich, sondern auch inhaltlich dieselben Vorgänge umschreibt. Nur bei Erman³⁾ wird zwischen der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Dreiteilung eine Verbindung hergestellt, wenn die Verkehrssicherungspflicht ausdrücklich auf den Gedanken des vorangegangenen Tuns zurückgeführt wird. Jedoch ist auch aus anderen Kommentaren eine solche Verflechtung herauszulesen. Erman nennt als Beispiel für vorangegangenes Tun die Eröffnung einer Gefahrenquelle, und gerade diese Tatsache ist es auch, die nach Palandt⁴⁾ eine Verkehrssicherungspflicht erzeugt.

Dieser Zusammenhang hat auch wohl Westermann⁵⁾ veranlaßt, Palandt zu zitieren, wenn er nachweisen will, daß der Gedanke des vorangegangenen Tuns auch im Zivilrecht zu finden ist. Den gleichen Zusammenhang sieht auch Feuerhake⁶⁾. Er betrachtet die Verkehrseröffnung als einen Spezialfall des vorangegangenen Tuns, die nur insofern einer besonderen Erwähnung bedürfe, als die Verkehrseröffnung im Zivil-

1) Einleitung, Anhang 2 Nr. 3 (Darstellung von Nagler)

2) LK § 263 StGB Anm. 2 d

3) Erman-Drees, § 823 BGB, Anm. 8 d

4) Palandt-Gramm, § 823 BGB, Anm. 8 a, ebenso Larenz, Schuldrecht, II. Bd., S. 406

5) Interessenkollisionen, S. 39, Anm. 97

6) Rechtspflichten zum Tun, S. 40

recht. der Hauptanwendungsfall des vorangegangenen Tuns darstelle¹⁾).

2. Die rechtliche Konstruktion

Die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun ist ihrer rechtlichen Konstruktion nach heute fast ausnahmslos anerkannt. Noch in neuester Zeit hat Maurach²⁾ bestätigt, daß die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun die wichtigste und einleuchtendste Gruppe darstelle. Es sollen daher nur einige kurze Ausführungen gemacht werden. Das Hauptverdienst um die Lösung der hier auftauchenden Probleme hat Traeger, der in einer umfangreichen Abhandlung die Meinungen über die Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun untersucht hat und zu dem Ergebnis kommt, daß als Rechtsquelle nur das Gewohnheitsrecht in Frage kommt³⁾. Die Rechtspflicht wird von ihm folgendermaßen umschrieben:

"Hat jemand durch schuldlose Handlung einen gefährdenden Zustand herbeigeführt, so ist er verpflichtet, die notwendigen Vorkehrungen zur Abwehr schädlicher Folgen zu treffen."

Feuerhake⁴⁾, der in neuerer Zeit zu der Meinung Traegers Stellung genommen hat, hält eine gewisse Erweiterung der Traegerschen Formel für erforderlich und sagt:

"Wenn jemand durch seine Handlungen schuldlos einen rechtswidrigen oder gefährdenden Zustand herbeigeführt hat, so ist er zur Beseitigung dieses Zustandes verpflichtet oder muß doch solche Vorrichtungen treffen, die die Schädigung Dritter ausschließen. Tut er das nicht, so ist seine Unterlassung wegen Verletzung einer Rechtspflicht rechtswidrig und erzeugt mit den sonstigen Voraussetzungen eine Schadensersatzpflicht."

- 1) Zwischen der Rechtspflicht aus vorangegangenem Tun, der Haftung aus sozialem Kontakt und der Verkehrssicherungspflicht einerseits und der Rechtsscheins- und Erklärungs haftung andererseits bestehen vielfältige Beziehungen. Alle diese Konstruktionen sind nämlich Versuche, das starre Verschuldensprinzip des BGB mit den Belangen des heutigen Rechtsverkehrs in Einklang zu bringen; vgl. hierzu Hildebrandt, Erklärungs haftung, S. 226/7, Anm. 12; Esser, Grundlagen, S. 98/99; Süß, DRW 42, 190;
- 2) Strafrecht, Allg. Teil, S. 243 (1. Aufl. 1954), etwas abgeschwächt 3. Aufl., S. 516
- 3) Unterlassungsdelikte, S. 104
- 4) Rechtspflichten, S. 36

Für die Abwehr eines gefährlichen Zustandes beruft sich auch Feuerhake auf das Gewohnheitsrecht¹⁾, schließt sich also der Meinung Traegers an.

Bei der Rechtspflicht aus vorangegangenen Tun berühren sich die Probleme des positiven Tuns und des Unterlassens sehr eng. Wird das vorangegangene gefährdende Tun schuldhaft begangen, so wird der Täter für die Handlung verantwortlich gemacht, die er positiv verwirklicht hat, denn bei schuldhaftem Handeln liegen die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale vor. Anders ist die Situation, wenn der Täter das vorangegangene Tun nur schuldlos verwirklicht hat. In diesem Fall kann nicht ohne weiteres verurteilt werden, denn der Täter hat ja nicht schuldhaft gehandelt. Um hier gleichwohl noch zu einer Verurteilung zu kommen, muß der Umweg über die Unterlassung beschritten werden.

Wenn der Täter das gefährdende Tun objektiv verwirklicht hat, so können zwei verschiedene Fälle eintreten. Es besteht die Möglichkeit, daß der Täter bei Ausführung der Tat diese in ihrer Gefährlichkeit nicht erkannt hat, und diese Unkenntnis bis zum Eintritt des Schadens bestehen bleibt. Es kann aber auch der Fall eintreten, daß der Täter sich zwar bei Verwirklichung der Gefährdungshandlung über deren Charakter geirrt hat, aber noch vor Eintritt des Schadens die Gefährlichkeit seines früheren Handelns bemerkt, ohne jedoch schadensverhütend einzugreifen.

Während bei der ersten Möglichkeit eine Verurteilung mangels subjektiver Voraussetzungen ausscheidet, muß im zweiten Falle der Täter zum Schadensersatz verurteilt werden. Der Umweg über die Unterlassung zeigt sich darin, daß die subjektive Seite zweimal geprüft wird und erst beim zweiten Male die Voraussetzungen erfüllt sind. Bei der ersten Prüfung, die sich auf die Verwirklichung des gefährdenden

1) Rechtspflichten S. 38

Tuns bezog, stellte sich heraus, daß eine Verurteilung nicht in Frage kam, da das gefährdende Tun schuldlos begangen war. War das schuldlose gefährdende Tun somit keine geeignete Grundlage zur Verurteilung, so reichte es aber aus für die Entstehung einer Rechtspflicht zur Abwehr des schädlichen Erfolges.

An dieser Stelle setzt nun die zweite Prüfung des subjektiven Tatbestandes ein. Es fragt sich nämlich, ob die mit dem Eintritt des Schadens sich ergebende Verletzung der Rechtspflicht schuldhaft oder schuldlos begangen war oder nicht. Da in dem oben erwähnten zweiten Fall der Täter die Gefährlichkeit seines früheren Handelns nachträglich durchschaut hatte aber gleichwohl nicht eingriff, hat er schuldhaft die Rechtspflicht aus vorangegangennem Tun verletzt und mußte letzten Endes doch verurteilt werden, obwohl er zunächst nur schuldlos gehandelt hatte.

3. Anwendung auf die SÜ

Werden diese Überlegungen auf die SÜ angewendet, so ist zu sagen, daß jeder nicht vorsätzliche Abschluß einer gefährlichen SÜ eine Rechtspflicht aus vorangegangennem Tun erzeugt, einen durch die SÜ drohenden Schaden zu verhindern. Erkennt der Sicherungsnehmer später, jedoch vor Eintritt des Schadens, daß die SÜ gefährlich ist, und billigt er einen durch sie entstehenden Schaden, so muß er wegen Unterlassens zum Schadensersatz verurteilt werden. Erkennt der Sicherungsnehmer auch später nicht die Gefährlichkeit der SÜ, so muß die Klage gegen ihn abgewiesen werden.

Wie bereits weiter oben festgestellt wurde¹⁾, bietet das Auffinden einer Rechtspflicht nach Abschluß einer gefährlichen SÜ keinerlei Schwierigkeiten: Es liegt stets die Rechtspflicht aus vorangegangennem Tun vor. Nachdem diese

1) S. oben S. 42

einmal rechtlich anerkannt worden ist, bedarf es nur der Konstruktion neuer Gefährdungstatbestände, um die Rechtspflicht weiter auszudehnen. Hieraus folgt umgekehrt für unseren Fall, daß eine Einschränkung der Offenlegungspflicht nur dadurch erfolgen kann, daß die Gefährlichkeit der SÜ nicht so oft als vorliegend angenommen wird. Die Offenlegungspflicht aus vorangegangenen Tun ist nichts anderes als die gewissermaßen automatische Auswirkung einer vorangegangenen gefährlichen SÜ.

B) Die Gefährlichkeit der SÜ

Da sich die vorliegende Arbeit nur mit dem Problem des Offenlegungszwanges und seiner Rechtsgrundlagen zu beschäftigen hat, ergibt sich aus vorstehendem, daß die eigentliche Frage, wann denn nun eine SÜ gefährlich ist, nicht mehr zum Thema gehört. Gleichwohl sollen der Vollständigkeit halber hierzu einige Ausführungen gemacht werden¹⁾.

Es darf noch einmal wiederholt werden, daß bei den bisherigen Untersuchungen in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und dem überwiegenden Schrifttum von der Voraussetzung ausgegangen wurde, daß unter gewissen Umständen eine SÜ für andere Gläubiger des Sicherungsgebers gefährlich sein kann. Wenn auch an einigen Stellen die Ansicht des RG aufgegriffen und die gefährliche SÜ als umfangreiche und undurchsichtige bezeichnet wurde, so ist doch im allgemeinen bewußt darauf verzichtet worden, auf die näheren Umstände einzugehen, da unter der Voraussetzung, daß grundsätzlich die Möglichkeit des Abschlusses einer gefährlichen SÜ anerkannt wird, die Problematik des Offenlegungszwanges abschließend erörtert werden kann.

War es bislang möglich, infolge der Beschränkung auf die grundsätzlichen Fragestellungen die meisten Meinungsver-

¹⁾ Zum Ganzen vgl. Zahn, Grenzen der Kreditsicherung, S. 62 ff

schiedenheiten hinsichtlich der SÜ auszuklammern, so öffnet sich bei der Frage, wann eine SÜ gefährlich ist, das Tor zu einer unübersehbar mannigfaltigen Diskussion in Rechtsprechung¹⁾ und Schrifttum²⁾. Es handelt sich kurz gesagt um das Problem, wie ein Mißbrauch der SÜ, nachdem diese grundsätzlich für zulässig erachtet wurde, verhindert werden kann. Westermann³⁾ formuliert die gleiche Frage in einem anderen Zusammenhang folgendermaßen:

"Das Grundproblem scheint mir das zu sein, daß man sich hier über ganz grundsätzliche und - ich möchte beinahe sagen - primitive Wertungsfragen nicht klar ist. ... Ich habe immer noch keine mich wirklich überzeugende Begründung dafür gefunden, daß der Gläubiger, der einem Schuldner 5000 DM leiht und der sich nur dafür sichern läßt, daß er seine 5000 DM wiederkriegt, verpflichtet ist, auf spätere Gläubiger dieses Schuldners Rücksicht zu nehmen. Woher diese Pflicht zur Rücksichtnahme kommen soll, ist für mich nicht einzusehen."

1. Geringe praktische Bedeutung der Frage

In diesem Zusammenhang scheint es zunächst interessant, wie häufig denn in der Praxis gefährliche SÜen vorkommen. Zum Erstaunen der Diskussionsteilnehmer des 41. DJT⁴⁾ ergab eine Umfrage bei sämtlichen Industrie- und Handelskammern der Bundesrepublik und bei einer Repräsentativ-Auswahl der Konkursrichter der Bundesrepublik u.a. folgendes:

"Daß sich größere Unternehmen zum Nachteil kleinerer besonders gut sichern würden, konnte die überwiegende Mehrzahl der Kammern nicht feststellen. Vielmehr betonen viele Kammern nachdrücklich, daß sich unter den Vergleichsgläubigern in aller Regel Betriebe der verschiedensten Größen befinden. ... Die Frage, ob es dem allgemeinen Bilde der Insolvenzen entspricht, daß einige Gläubiger infolge sorgsamer, zum Teil auch

1) Vgl. die Übersicht über die Rechtsprechung, oben S. 19 ff

2) Vor allem aus neuerer Zeit sind zu erwähnen: Paulus, JZ 51, 686; Nebelung und Borchart, NJW 53, 57; Barkhausen, NJW 53, 1412 und 1665; Meyer-Cording, JZ 53, 664; Sprengel, MDR 54, 257; Berges, BB 54, 886; Barkhausen, NJW 55, 1272 u. 56, 417; v. Caemmerer, JZ 56, 95; Westermann, JR 56, 102

3) Gesetzliche Regelung S. F 76

4) Verhandlungen des 41. Deutschen Juristentages Bd. II S. F 53

raffiniert vereinbarter Sicherung, sich von Schäden freihalten, während andere, anständige oder auch nachlässige Gläubiger die Hauptgeschädigten sind, ist nach Auffassung fast sämtlicher Kammern zu verneinen."

Es zeigt sich hier, daß eine Verallgemeinerung der von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle nicht der Wirklichkeit entspricht.

2. Die zu berücksichtigenden Umstände

Wenn nun einige Einzelheiten gebracht werden, so kann es sich nicht darum handeln, eine neue Lösung zu entwickeln. Eine vollständig neue Lösung kann es überdies gar nicht geben, da der Boden des geltenden Rechts nicht verlassen werden darf. Es soll hier nur die Vielschichtigkeit des Problems noch einmal deutlich gemacht werden, da hier nicht immer alle Gesichtspunkte beachtet zu werden scheinen.

Die bei einer gefährlichen SÜ beteiligten Personen: Schuldner, Sicherungsnehmer, Drittgläubiger, stehen untereinander in so vielfältigen und engen Wechselbeziehungen, daß die Bevorzugung einer der Personen notwendigerweise die Benachteiligung einer anderen zur Folge hat. Die zu berücksichtigenden Umstände¹⁾ verteilen sich auf die drei beteiligten Personen wie folgt:

I. Sicherungsnehmer

1. umfangreiche und undurchsichtige SÜ

II. Schuldner

2. Fehlkalkulation oder Konjunkturrückgang
3. fehlende Offenlegung bzw. Auskunftserteilung

III. Drittgläubiger

4. ungesicherte Kreditgewährung
5. fehlende Prüfung der Kreditwürdigkeit

¹⁾ Zahn, Grenzen der Kreditsicherung, S. 64 f, macht eine Aufgliederung nach Kreditarten, um Anhaltspunkte für die Gefährlichkeit einer SÜ zu bekommen; vgl. auch Bauer-Mengelberg, JW 32, 2701, der eine ähnliche Übersicht - jedoch in anderem Zusammenhang - aufstellt

Die Rechtsprechung ist der Ansicht, daß eine umfangreiche und undurchsichtige SÜ gefährlich ist (1.). Hierauf kann aber der Sicherungsnehmer erwidern, daß Umfang und Undurchsichtigkeit völlig bedeutungslos sind, wenn der Schuldner (II.) nicht durch weitere Fehlkalkulationen einen Konkurs herbeiführt oder wenn die Konjunkturlage nicht derart ungünstig ist, daß trotz kaufmännischen Geschicks des Schuldners die finanzielle Situation des Unternehmens nicht zu meistern ist (2.)¹⁾; daß die SÜ weiterhin dann ohne Einfluß ist, wenn der Schuldner dem Drittgläubiger seine wirtschaftliche Lage offenlegt (3.)²⁾.

Der Sicherungsnehmer kann außerdem entgegnen, daß der Umfang und die Undurchsichtigkeit der SÜ keine Rolle spielen, wenn der Drittgläubiger (III.) die Lage des Schuldners wirklich sorgfältig geprüft hat (4.)³⁾, oder wenn der Drittgläubiger sich selbst ebenfalls sichert (5.)⁴⁾. Die Gefahr ist bei der SÜ also das Ergebnis vielfältiger Ursachen, die nur zu einem geringen Teil auf das Verhalten des Sicherungsnehmers zurückzuführen sind. Nach der Zusammenstellung müssen einschließlich der SÜ fünf Ursachen zusammentreffen, damit ein Schaden eintreten kann.

3. Prüfung der Umstände im einzelnen Fall

Es erscheint willkürlich, wenn die von dem Sicherungsnehmer gesetzte Ursache herausgegriffen und als Täuschungshandlung im Sinne des § 826 BGB angesehen wird. In jedem Falle muß nach § 254 BGB⁵⁾ geprüft werden, warum die von dem Drittgläubiger gesetzten Ursachen als nicht adäquat für den Schaden des Drittgläubigers angesehen werden können. Die

1) Barkhausen, NJW 53, 1413 und 1665; Meyer-Cording 53, 664

2) Diese Möglichkeit erwähnt die RG-Entscheidung in SeuffArch 88, 231 und das Urteil des KG in NJW 55, 1558

3) Vgl. KG in NJW 55, 1558; Westermann, Interessenkollisionen, S. 37; dagegen Flume AcP 154, 560 (564)

4) S. oben S. 5

5) Vgl. auch die Erwähnung des mitwirkenden Verschuldens im Urteil des KG vom 2.11.54, NJW 55, 1558 Leitsatz f)

unter Ziffer 2 - 5 aufgeführten Ursachen müssen sogar in erster Linie herangezogen werden, da sie von den Personen verwirklicht werden, zwischen denen der zum Schaden führende Kredit vereinbart worden ist.

Sollte sich bei dieser Prüfung herausstellen, daß der Schaden vorwiegend¹⁾ von dem Drittgläubiger selbst oder von dem Schuldner verursacht worden ist, so muß die Klage gegen den Sicherungsnehmer abgewiesen werden. Stellt der Richter fest, daß sowohl der Sicherungsnehmer als auch der Drittgläubiger gleichmäßig den Schaden verursacht haben, so kann der Sicherungsnehmer nur in Höhe der Hälfte des Schadens verurteilt werden (vorausgesetzt, daß die übrigen Tatbestandsmerkmale vorliegen). Ein Entstehen des Sicherungsnehmers für das Verhalten des Schuldners kommt nicht in Betracht, da § 831 BGB auf diesen nicht angewendet werden kann.

Die Rechtsprechung scheint demgegenüber folgenden Weg zu gehen²⁾: Der Schuldner scheidet aus der Betrachtung aus, da er sich bei Abwicklung der SÜen im Konkurs befindet, also vermögenslos ist. Nun stehen sich nur noch Sicherungsnehmer und Drittgläubiger gegenüber, worunter man sich in der Regel eine große Bank³⁾ und einen kleinen Warenlieferanten vorstellt. Hierdurch ist das Bild so verzerrt worden, daß nun die Bank mit ihren weitreichenden Möglichkeiten und ihren umfangreichen Sicherungen allein als Verursacherin des Schadens in Betracht kommt.

Es ist schwierig, in einem Prozeß des Drittgläubigers gegen den Sicherungsnehmer die rechtlichen Beziehungen zwischen

1) Palandt-Danckelmann § 254 BGB Anm. 3 mit weiteren Hinweisen

2) BGH v. 2.11.1955 mit Anm. von v. Caemmerer, der weitere Hinweise bringt; NJW 56, 417

3) OLG Hamburg v. 1. u. 8.2.1951, MDR 51, 291 u. 354
BGH v. 28.5.1951 mit Anm. von Paulus, JZ 51, 686
BGH v. 2.2.1955 mit Anm. von Barkhausen, NJW 55, 1272

den beteiligten drei Personen stets vor Augen zu haben. Entgegen der Vorschrift des § 254 BGB ist man leicht geneigt, das Verhalten einer der beiden Parteien als adäquat kausal für den Schaden anzusehen und dementsprechend der Klage stattzugeben oder sie abzuweisen. Es kann aber durchaus sein, daß keine der Parteien den Schaden adäquat verursacht hat, sondern vielmehr der Schuldner. Der Umstand, daß er vermögenslos ist, darf nicht dazu führen, die adäquate Verursachung bei einem anderen zu suchen. Der Fall, daß der Schuldner den Schaden adäquat verursacht hat, dürfte nicht selten sein. Der Schuldner ist die wichtigste der beteiligten drei Personen. Er kennt und beeinflusst seinen Betrieb, verhandelt mit den Gläubigern und kann daher seine Offenlegungspflicht ohne weiteres erfüllen im Gegensatz zu dem Sicherungsnehmer, von dem eine Offenlegung kaum durchzuführen ist, die außerdem mit dem Bankgeheimnis kollidieren würde.

Werden die vier von Schuldner und Drittgläubiger möglicherweise gesetzten Ursachen wieder in ihrer vollen Bedeutung gesehen, so müßte das zu einer Einschränkung der Gefährlichkeit der SÜ führen. Ein Beispiel in dieser Richtung ist die von Westermann¹⁾ erwähnte Buchoffenkundigkeit. Er ist der Meinung, daß bei einer solchen Offenkundigkeit von einer Täuschung dessen der in den Betrieb Einsicht nimmt, nicht die Rede sein könne. Hier wird mit Hilfe des in der Übersicht unter Ziffer 5 genannten Umstandes (Prüfung der Kreditwürdigkeit des Schuldners durch den Drittgläubiger) versucht, die Gefährlichkeit der SÜ einzuschränken. Dieser Gedanke müßte also im Rahmen des § 254 BGB geprüft werden.

1) Interessenkollisionen S. 35; a.A. RG in JW 31, 515.
Auf diese Entscheidung wird unten S. 88 f
näher eingegangen.

II. Die Rechtsgrundlagen der Offenlegungspflicht bei der "mala fides superveniens" durch Unterlassen

A) Die Rechtsgrundlagen des Vertrages und der vertragsähnlichen Beziehung (§ 242 BGB)

Da das RG die SÜ mit Hilfe des § 826 korrigierte (der § 138 BGB interessiert in diesem Zusammenhang nicht), hat es gleichzeitig anerkannt, daß zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger keine vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehungen bestehen. Auf die vertragliche Rechtsgrundlage soll gleichwohl im folgenden näher eingegangen werden, da Westermann¹⁾ § 242 BGB ausdrücklich erwähnt. Außerdem bestehen zwischen dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und dem der guten Sitten (§ 826 BGB) so enge Beziehungen, daß ein prinzipieller inhaltlicher Unterschied nicht zu erkennen ist²⁾.

Da sich bei der Bejahung einer vertragsähnlichen Beziehung zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger ein Schadensersatzanspruch aus § 276 BGB ergibt, beantwortet die nachfolgende Untersuchung gleichzeitig die Frage, ob die Korrektur der SÜ (neben § 138 BGB) nur über § 826 BGB erfolgen kann und damit der Ansicht der Rechtsprechung zuzustimmen ist.

1. Das Verhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger

Sicherungsnehmer und Drittgläubiger sind dadurch gekennzeichnet, daß sie die Gläubiger ein und desselben Schuldners sind. Den Ansprüchen der beiden Gläubiger liegen Verträge zugrunde (Darlehens- und Kaufverträge), die diese gesondert mit dem Schuldner abgeschlossen haben. Diese Verträge bestehen nur zwischen den Vertragspartnern, es werden also Rechte und Pflichten nur unter den Beteiligten begründet. Es kann daher nur eine Offenlegungspflicht zwischen Gläubiger und Schuldner

¹⁾ Interessenkollision, S. 36 und 39

²⁾ Staud.- Weber § 242 BGB A 138

angenommen werden, niemals dagegen eine solche des Gläubigers gegenüber einem anderen Gläubiger. Ebenso wenig kann der eine Gläubiger von dem anderen die Offenlegung verlangen, da keine Verträge zugunsten Dritter abgeschlossen worden sind.

Um eine Offenlegungspflicht oder, allgemeiner gesprochen, eine Pflicht zur Rücksichtnahme auf die Belange des anderen anzunehmen, müssen weitere Voraussetzungen gegeben sein. Das Gesetz erwähnt einige Fälle, so z.B. in §§ 428 und 432 BGB, wo es sich jedoch um ein und dieselbe Leistung handelt und nicht, wie im vorliegenden Fall, um zwei selbständige Forderungen. Ausdrücklich wird eine Auskunftspflicht in § 402 BGB gefordert. Hier handelt es sich aber nicht um zwei Gläubiger, sondern um Zedent und Zessionar; des weiteren besteht zwischen beiden eine vertragliche Beziehung, eben der Abtretungsvertrag, auf Grund dessen die Auskunft verlangt werden kann. Das BGB kennt eine ganze Reihe von Auskunftspflichten (z.B. §§ 444, 666, 1799 Abs. 2, 2012, 2027, 2127 BGB). In jedem Falle wird aber ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Beteiligten als Grundlage der Auskunftspflicht vorausgesetzt.

Die gemeinsame Person des Schuldners bietet also ohne weiteres keine Rechtsgrundlage für besondere rechtliche Beziehungen zwischen den Gläubigern; das Rechtsinstitut des Vertrages steht einer solchen entgegen. Diese Tatsache wird besonders deutlich, wenn dieselbe Sache mehrmals verkauft wird: Der Gläubiger, dem die Sache zunächst verkauft wurde, hat keinen Anspruch gegen den zweiten Käufer, es sei wiederum, daß besondere Umstände hinzutreten, z.B. vorsätzliche Schadenszufügung des zweiten Käufers gegenüber dem ersten (§ 826 BGB). Eine andere Frage ist, ob nicht der gemeinsame Schuldner seine Gläubiger vor Interessenkonflikten bewahren muß. Dieses Problem betrifft jedoch ausschließlich das Verhältnis Gläubiger - Schuldner und nicht das der Gläubiger untereinander, um das es sich hier handelt.

Der einzige Fall, bei dem Gläubiger, die denselben Schuldner haben, zu einer Gemeinschaft zusammengefaßt werden, ist der Konkurs. Hier wird im Interesse aller Gläubiger eine gemeinschaftliche Vollstreckung durchgeführt. Die gegenseitige Rücksichtnahme kommt u.a. dadurch zum Ausdruck, daß keine Einzelvollstreckungen mehr möglich sind (§ 14 KO) und daß in der Gläubigerversammlung gemeinsame Beschlüsse gefaßt werden (§ 94 II KO). Diese Regelung ist aber nur für den äußersten Notfall gedacht, d.h. wenn der Gemeinschuldner zahlungsunfähig geworden ist (§ 102 KO). Bis zu diesem Zeitpunkt bleibt es bei der Einzelvollstreckung, bei der der Gläubiger ohne Rücksicht auf die Belange anderer Gläubiger sein Recht durchsetzen kann, möglicherweise auch auf Kosten anderer, da der Prioritätsgrundsatz gilt.

2. Keine vertraglichen oder vertragsähnlichen Beziehungen zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger

Eine Offenlegungspflicht auf Grund eines zwischen dem Sicherungsnehmer und einem Drittgläubiger abgeschlossenen Vertrages mit dem Inhalt, daß der Sicherungsnehmer dem Drittgläubiger den jeweiligen Umfang der SÜ (auf Anfrage oder aus eigenem Antrieb) mitteilt, ist wegen der Vertragsfreiheit grundsätzlich möglich. Eine solche Vereinbarung ist aber in den hier zu entscheidenden Fällen nicht getroffen worden. Es gehört hierhin z.B. der Auskunftsvertrag, zu dem sich eine umfangreiche Rechtsprechung entwickelt hat¹⁾. In diesen Zusammenhang gehört auch die schwierige Abgrenzung von Bankauskunft und Bankgeheimnis²⁾, auf die jedoch nicht näher eingegangen werden kann.

Neben solchen ausdrücklich vereinbarten Mitteilungspflichten können sich dann noch Aufklärungspflichten aus § 242 BGB

1) Zur Frage des stillschweigenden Auskunftsvertrages
BGH 7, 371

2) Sichertmann, Bankgeheimnis und Bankauskunft, 1957;
Baumbach-Duden, Anhang I nach § 406 HGB;
v. Gierke, S. 491; Dempewolf MDR 57, 458

ergeben. Da nicht alle derartigen Pflichten vereinbart oder gesetzlich umschrieben werden können, muß ergänzend auf die Generalklausel des § 242 BGB zurückgegriffen werden. Ob sich im Falle einer umfangreichen SÜ aus § 242 BGB eine Offenlegungspflicht ableiten läßt, hängt von der Auslegung dieser Vorschrift ab.

a) Auslegung des § 242 BGB

Dem Wortlaut nach ist § 242 BGB auf das Verhältnis zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger nicht anwendbar, da diese Personen nicht in vertraglicher Beziehung stehen. Der Anwendungsbereich des § 242 BGB wurde jedoch mehr und mehr erweitert. Entsprechend der in Fortentwicklung des BGB konstruierten Haftung aus Culpa in contrahendo genügen auch Vertragsverhandlungen und vertragsähnliche Beziehungen, um den Grundsatz von Treu und Glauben heranzuziehen. Aber auch diese Ausdehnung des § 242 BGB genügt nicht, eine Offenlegungspflicht zu begründen, da zwischen gesicherten und ungesicherten Gläubigern auch keine vertragsähnlichen Beziehungen bestehen.

Nach 1933 wurde der Anwendungsbereich des § 242 BGB so weit ausgedehnt, daß schließlich die Anwendung der Vorschrift auf die Beziehungen der Vertragspartner zu Dritten nicht mehr ausgeschlossen erschien. Mit der Machtergreifung durch Hitler setzten eine Reihe überstürzter Reformversuche ein. Auf dem Gebiete des Privatrechts wurde insbesondere gegen den Geist des römischen Rechts im Schuldrecht geredet, der mit dem Geist des Nationalsozialismus nicht in Übereinstimmung zu bringen sei. Dieser stellte die Idee der Volksgemeinschaft¹⁾ in den Mittelpunkt des Denkens und betonte den Grundsatz: Gemeinnutz geht vor Eigennutz. Er verurteilte inbeson-

1) Hedemann, Das Volksgesetzbuch der Deutschen, S. 12; Volksgesetzbuch S. 11; Lange, Generalklauseln, JW 33, 2858

dere das Schuldrecht als Ausfluß individualistischen Denkens, das in den Vertragsparteien nicht in erster Linie Volksgenossen sähe und Vertragspartner, sondern Vertragsgegner, die mit widerstreitenden Ansprüchen einander gegenüberständen.

Auf diese Weise wurde an den Grundlagen des BGB gerüttelt¹⁾ und, was hier interessiert, insbesondere am System des Vertragsrechtes²⁾. Man empfand es als unvereinbar mit der Idee des Staates als Volksgemeinschaft, daß ein so prinzipieller Unterschied bestehe zwischen Vertragspartnern und übrigen Volksgenossen. Nach Schuldrecht seien nur die Vertragspartner verpflichtet, aufeinander Rücksicht zu nehmen, während die übrigen Volksgenossen einander in jeder Weise übervorteilen könnten, ohne daß man sie zivilrechtlich zum Schadensersatz heranziehen könne. Daher wurde behauptet, daß das Vertragsdenken die Volksgemeinschaft aufspalte, da jeder, der sich vertraglich nicht gebunden hätte, bis an die Grenze der Strafbarkeit tun und lassen könne, was er wolle.

Infolgedessen wurde angestrebt, den Unterschied zwischen Vertragspartnern und übrigen Volksgenossen zu entschärfen. Mit Hilfe des Gemeinschaftsgedankens und auf Grund der Zugehörigkeit zur Volksgemeinschaft verlangte der Nationalsozialismus schließlich von allen Volksgenossen diejenigen Sorgfaltspflichten, die vom Gesetz nur den Vertragspartnern auferlegt waren.

Mit dieser Akzentverschiebung wurden zu gleicher Zeit zwei Ziele erreicht: Einmal wurde die neue Staatsauffassung dem Volke immer aufs Neue vor Augen gestellt, auf der anderen

1) Hedemann, Flucht, S. 70; Lange, Entwicklung, S. 20 f, mit Hinweis auf Schlegelberger, Abschied vom BGB, Berlin 1937

2) Stoll, Leistungsstörungen, S. 24; Vertrag und Unrecht, S. 15; Manigk, S. 39

Seite - und das führt unseren Gedankengang weiter - war der Anwendung von § 242 BGB nunmehr keine Grenze gesetzt. Formell bestand zwar noch eine Beziehung als Voraussetzung für § 242 BGB, aber diese war eben nach ursprünglicher Terminologie keine Beziehung mehr, wenn nicht alle Begriffe ihren Sinn verlieren sollten.

Da die Fertigstellung des in Aussicht genommenen Volksgesetzbuches noch nicht abzusehen war, bot nun § 242 BGB die Möglichkeit, das nationalsozialistische Gedankengut in alle Rechtsverhältnisse hineinzutragen und so auf heimlichem Wege die Reform voranzutreiben. So wurden allenthalben neue Sorgfaltspflichten entdeckt und die vorhandenen verschärft. Bei dieser Auslegung besteht auch die Möglichkeit, zwischen gesichertem und ungesichertem Gläubiger eine Offenlegungspflicht anzunehmen.

b) Der soziale Kontakt nach Dölle

Die Unzuträglichkeiten, die sich bei den überspannten Forderungen bald herausstellten, führten schon zur Zeit des Nationalsozialismus zu einer rückläufigen Bewegung. Da auf der einen Seite die Volksgemeinschaft kein Auswahlprinzip darstellte, auf der anderen Seite der Kreis der Personen, die durch ein vertragsähnliches Verhältnis verbunden waren, zu eng war, wurde nach anderen Kriterien gesucht. So sollte ein besonderes Vertrauensverhältnis ausschlaggebend sein, für das Dölle¹⁾ den Begriff des sozialen Kontakts vorschlug.

aa) Darstellung der Ansicht von Dölle

Der Versuch, den sozialen Kontakt als Rechtsgrundlage für Offenlegungspflichten heranzuziehen, hat sich aus der Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis entwickelt. Sie hat zum ersten Mal durch Haupt²⁾ eine systematische Untersuchung er-

1) ZGesStAW 103 (1943), 67 - 102; aufgegriffen von Blomeyer, Schuldrecht, S. 72 und 114

2) Über faktische Vertragsverhältnisse, 1941

fahren, nachdem das Reichsgericht¹⁾ im Jahre 1940 die Idee von der faktischen Gesellschaft entwickelt hatte, um der Schwierigkeiten Herr zu werden, die mit der Nichtigkeit von Gesellschaftsverträgen von in Vollzug gesetzten Personengesellschaften entstanden waren²⁾. Zweckmäßigkeitserwägungen auf einem ganz speziellen Gebiet führten so zu umfassenden grundsätzlichen Erörterungen.

Haupt unterscheidet in seiner Antrittsvorlesung drei Arten von faktischen Vertragsverhältnissen:

1. Vertragsverhältnis kraft sozialen Kontakts³⁾,
2. faktische Gesellschaft und Arbeitsverhältnis,
3. Vertragsverhältnis kraft sozialer Leistungsverpflichtung, und versucht nachzuweisen, daß die Einordnung dieser Rechtsbeziehungen in die Systematik des Vertrages den wirklichen Verhältnissen nicht entspreche, daß die faktischen Vertragsverhältnisse vielmehr eine eigene Kategorie darstellten, deren Platz im System des BGB etwa zwischen den normalen Verträgen und den unerlaubten Handlungen zu suchen sei.

Dölle⁴⁾ führt diesen Gedanken weiter aus, indem er eine Rechtsgrundlage für die außergesetzlichen Schuldpflichten sucht. Bei diesen macht er zunächst die Unterscheidung in

1. Schutz-, Fürsorge- und Erhaltungspflichten,
2. Anzeige-, Aufklärungs- und Mitteilungspflichten⁵⁾,
3. konkrete, außergesetzliche Vergütungspflichten.

Die neuen Gedanken werden an Hand der Erhaltungspflichten entwickelt und auf sie bei der Betrachtung der Anzeigepflichten verwiesen.

Die Abhandlung beginnt mit einer Kritik der Culpa in contrahendo und weist nach, daß dieser Gesichtspunkt zu

1) RG 165, 193, kritisch dazu Lehmann, Allg. Teil S. 142

2) NJW 53, 1250

3) Faktische Vertragsverhältnisse S. 9

4) ZGesStaW 103, 67

5) A.a.O. S. 86

unterschiedlichen Ergebnissen führt, die dem Rechtsgefühl . widersprechen und daß daher nach einer anderen Rechtsgrundlage gesucht werden muß. An Hand verschiedener Beispiele kommt Dölle zu dem Ergebnis, daß als gemeinsames Merkmal nicht ein angebahntes Vertragsverhältnis gelten kann, sondern daß in jedem Beispiel eine Person im Vertrauen darauf, daß seine Lebens- und Rechtsgüter nicht beschädigt werden, sich in die Rechtssphäre eines anderen begibt. Dieser soziale Kontakt sei es, der konkrete Erhaltungspflichten auslöse (im Gegensatz zu allgemeinen Erhaltungspflichten, deren Nichtbeachtung nur deliktische Haftung begründet).

In seinen Beispielen¹⁾ spricht Dölle nur von Personen, die sich in die Rechtssphäre eines anderen begeben und deren körperliche Verletzung einen vertraglichen Ersatzanspruch auslöst. In der Zusammenfassung des Ergebnisses dagegen spricht er nur von Rechtsgütern, die dem Einfluß eines anderen ausgesetzt sind. Hier könnte man ansetzen, um den Gedanken des sozialen Kontakts für die SÜ fruchtbar zu machen.

bb) Anwendung des sozialen Kontakts auf die SÜ

Es wurde oben schon gesagt, daß nach übereinstimmender Meinung zwischen Gläubigern, die nur selbständige Ansprüche gegen denselben Schuldner haben, bei Realisierung der Forderungen keine gesetzliche Pflicht zur Rücksichtnahme besteht, daß aber, sobald SÜen vereinbart seien, das RG Rücksichtnahme gegenüber den anderen Gläubigern in Form von Offenlegung verlange. Das bedeutet: Wenn eine Offenlegungspflicht auf § 242 BGB gestützt werden soll, so muß die SÜ einen sozialen Kontakt begründen.

Sie könnte es unter folgenden Umständen: Wenn ein Gläubiger seinem Kunden Kredit gewährt, so gibt er damit Rechtsgüter

1) A.a.O. S. 73 u. 76

in die Sphäre des Schuldners und schafft dadurch nach der Definition Dölles einen sozialen Kontakt, der hier sogar die intensivste Form angenommen hat, nämlich die einer vertraglichen Beziehung. Dieser Kontakt interessiert jedoch nicht, da nicht die Beziehung Gläubiger - Schuldner, sondern diejenige zwischen gesichertem und ungesichertem Gläubiger zur Erörterung steht.

Es fragt sich aber, ob nicht mit der Darlehnshingabe neben dem Vertrag Gläubiger - Schuldner zur gleichen Zeit auch noch ein sozialer Kontakt mit dem durch SÜ gesicherten Gläubiger zustandegekommen ist. Innerhalb der rechtlichen Einflußsphäre des Schuldners besteht nämlich zugleich eine kleine Einflußsphäre des gesicherten Gläubigers, die dem Umfang der SÜ entspricht und die deswegen entstanden ist, weil die sicherungsübereigneten Gegenstände zwar im Besitz des Schuldners geblieben sind, aber doch rechtlich zum Eigentum des Gläubigers gehören. Mit der Darlehnshingabe gibt der Gläubiger seine Rechtsgüter also in zwei Einflußsphären, in erster Linie in den Rechtsbereich des Schuldners, aber auch in den Einflußbereich des gesicherten Gläubigers. Beide schulden dem Gläubiger daher erhöhte Sorgfaltspflichten, die sich auch in Offenlegungspflichten auswirken könnten. Der soziale Kontakt kommt hier auf die einzig mögliche Weise zustande, nämlich mittelbar über den gemeinsamen Schuldner, da dieser das einzige Moment ist, beide Gläubiger überhaupt in eine Verbindung zu bringen.

cc) Bedenken gegen die Konstruktion

Gegen diese Konstruktion lassen sich jedoch erhebliche Bedenken vorbringen. Schon die Künstlichkeit der Konstruktion zeigt, daß eine normale rechtliche Beziehung zwischen den Gläubigern nicht herzustellen ist. Sodann bleibt fraglich, ob ein wirklicher Einflußbereich des gesicherten Gläubigers besteht, denn wenn man ihn allzusehr betont, würde er unter

Umständen an Knebelung des Schuldners mit Nichtigkeitsfolge der SÜ nach § 138 BGB grenzen. Da der Einfluß sich ausschließlich auf das Eigentum des Schuldners stützt, läuft das ganze Problem letzten Endes auf die Frage hinaus, ob eine Rechtspflicht zum Tun und damit auch eine Offenlegungspflicht auf das Recht an einer Sache, also auf Eigentum oder Besitz, gegründet werden kann.

Alle diese Schwierigkeiten sind aber letzten Endes in dem unbestimmten Begriff¹⁾ "sozialer Kontakt" selbst begründet. Da er eine Vielfalt unterschiedlichster Lebensvorgänge zusammenfassen sollte, mußte er so weit gefaßt werden, daß es fraglich erscheint, ob überhaupt noch von einer Zusammenfassung gesprochen werden kann. Da vertragliche Rechtsfolgen an das Vorhandensein des sozialen Kontaktes geknüpft sind, ergibt sich allenthalben eine verschärfte Schadenersatz- und Sorgfaltspflicht. Auch Dölle hat diese Folgerung schon gesehen, aber er fand sie in Einklang mit dem Geist und den Entwicklungstendenzen der damaligen Rechtsordnung²⁾. Wiederum wird auf die Verwirklichung der wahren Volksgemeinschaft hingewiesen und in diesem Zusammenhang an den verstärkten Zusammenschluß der Einzelnen und der erhöhten Rücksichtnahme aufeinander.

Die tieferliegenden Gründe dieser Bestrebungen, nämlich die Abschaffung oder doch Einebnung des Vertragssystems des BGB werden von Dölle nicht genannt, stehen aber in der Kritik Lehmanns an den faktischen Vertragsverhältnissen³⁾ an oberster Stelle. Er steht auf dem Standpunkt, daß mit der Culpa in contrahendo auszukommen sei und es methodisch besser sei, von diesem Rechtsinstitut ausgehend im Wege der Analogie weiterzuschreiten als den uferlosen Begriff des sozialen Kontakts zunächst auf ein erträgliches Maß einzugrenzen.

1) So Lehmann, Allg. Teil, S. 142

2) ZGesStaW 103, 80

3) IheringsJB 90, 131 (1942); ferner Lehmann, Allg. Teil, S. 143 und ZAKdR 39, 228 und 261

Ähnliche Bedenken hat auch Larenz¹⁾. Seiner Ansicht nach kann gegenseitiges Vertrauen als allgemeines Prinzip des menschlichen Verkehrs nur in Verbindung mit anderen Momenten eine Schadenshaftung nach den Grundsätzen der Vertragshaftung rechtfertigen. Es müsse sich um einen Kontakt auf der Ebene des Geschäftsverkehrs handeln, der mindestens die Möglichkeit in sich schliesse, zu einem Geschäftsabschluß zu führen.

c) Rückläufige Entwicklung nach dem Kriege²⁾

Die Rechtsentwicklung nach dem Kriege hat sich im wesentlichen der Auffassung Lehmanns angeschlossen. Man darf sagen, daß sich der Begriff des sozialen Kontakts nicht eingebürgert hat. Lediglich bei Soergel hat Siebert³⁾ den Gedanken von Dölle aufgenommen und ihn positiv beurteilt. Diese Tatsache darf jedoch nicht verwundern, da Siebert in seinem Aufsatz über die faktische Gesellschaft⁴⁾ die Lehre zuerst grundgelegt hat. - Auch die Rechtsprechung hat bezüglich der faktischen Gesellschaft ihre ehemalige Ansicht beibehalten. Es liegen zwei Entscheidungen vor⁵⁾, die allerdings nicht unwidersprochen geblieben sind⁶⁾.

B. Die Verkehrssicherungspflicht nach Schröer

Es wurde bereits erörtert⁷⁾, daß die Verkehrssicherungspflicht eine besondere Ausgestaltung der Rechtspflicht aus vorangegangenen gefährdendem Tun darstellt. Dieses gefährdende Tun besteht darin, daß Sachen in Verkehr gebracht werden oder daß auf einem Grundstück ein Verkehr eröffnet wird⁸⁾. Der Eigentümer der Sache oder des Grundstücks bzw. der Verfügungsberechtigte hat in diesem Fall für die Ver-

1) MDR 54, 515 und Schuldrecht II. Bd. S. 408

2) Zum Ganzen vgl. Koehler, SJZ 46, 165

3) Soergel-Siebert, (8. Aufl.) § 242 BGB Anm. A II 1 c) bb)

4) Festschrift für Hedemann, S. 266

5) NJW 52, 97 = BGHZ 3, 285; NJW 53, 818

6) MDR 52, 535; NJW 53, 1250

7) S. oben S. 51; vgl. Auch Enn.-Lehmann S. 946

8) Esser, Schuldrecht, § 312 Ziff. 4; Larenz, Schuldrecht, II. Bd. S. 406 u. 408; Lintaler, S. 2

kehrssicherheit zu sorgen. Die Verkehrssicherungspflicht hat infolgedessen große Bedeutung bei der Frage, wer für die Gefahren auf Straßen und Plätzen verantwortlich ist¹⁾.

Wegen dieser speziellen Ausgestaltung brauchte auf die Verkehrssicherungspflicht nicht eingegangen zu werden, wenn nicht Versuche unternommen worden wären, den Gedanken der Verkehrssicherungspflicht auf andere Gebiete auszudehnen. Einen Beitrag in dieser Richtung stellt die Dissertation von Schröer dar. Er hat eine Verkehrssicherungspflicht der Geldinstitute entwickelt, war dabei aber gezwungen, in zwei Richtungen über die Konstruktion der Rechtsprechung hinauszugehen. Da die Geldinstitute - wenn überhaupt - nur das Vermögen eines Dritten schädigen können, hat Schröer die Verkehrssicherungspflicht nicht auf den Schutz der Güter des § 823 I BGB beschränkt, sondern ihn auf den Schutz des Vermögens ausgedehnt²⁾. Da allenfalls eine fahrlässige Schädigung durch Geldinstitute in Betracht kommt, hat er als Anspruchsgrundlage nicht § 826 BGB herangezogen, sondern § 823 II BGB, indem er die Verkehrssicherungspflicht als ungeschriebene Rechtsnorm auffaßte und gleichzeitig die Meinung vertrat, solche Rechtsnormen müßten auch als Schutzgesetz im Sinne des § 823 II BGB angesehen werden³⁾. Es ist interessant, daß genau die gleiche Problematik von einem Gericht der Sowjetzone aufgegriffen wurde⁴⁾, und zwar in einem Urteil, das Schröer nicht gekannt hat. Wörtlich heißt es dort:

"Der so geschaffene Rechtsgedanke einer allgemeinen Verkehrspflicht (der Banken) begründet eine allgemeine Rechtspflicht, die neben den Verpflichtungen besteht, welche vielfach durch besondere Schutzgesetze gemäß § 823 Abs. 2 BGB auferlegt sind, begründet also eine Haftung auch da, wo Sonderbestimmungen

1) Vgl. Delius, DJZ 14, 206; Frisius, NJW 53, 886

2) Schröer, S. 87

3) A.a.O. S. 103

4) Urt. des Bez.Ger.Erfurt vom 20.1.53, NJ 54, 31

fehlen. Er stellt daher in diesem Sinne nach Auffassung des Senats eine ergänzende Fortentwicklung nicht des § 823 Abs. 1 BGB, sondern des Abs. 2 dar, mit anderen Worten: die allgemeine Verkehrspflicht ist da, wo ihre Voraussetzungen vorliegen, einem ungeschriebenen Schutzgesetz gleichzustellen, dessen Verletzung in gleicher Weise wie im Falle des § 823 II BGB eine Schadenshaftung herbeiführt, ohne daß es noch besonders erforderlich wäre zu prüfen, ob im Einzelfalle eines der besonderen in § 823 Abs. 1 BGB bezeichneten Rechtsgüter verletzt worden ist.

Nur auf diesem Gedankenwege kann man zu praktisch brauchbaren Ergebnissen gelangen und lassen sich die Schwierigkeiten vermeiden, die sich für die Praxis von jeher dadurch ergaben, daß man einerseits den Begriff "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB weitgehend einschränkte (z.B. nicht auf Forderungsrechte und das "Vermögen" als solches ausdehnte) und daß andererseits auch die Anwendbarkeit des § 823 Abs. 2 BGB eine beschränkte bleiben muß, weil auch die Zahl der Schutzgesetze nur eine begrenzte war, die Voraussetzungen für die Anwendung des allein dann noch übrig bleibenden § 826 BGB aber in den meisten Fällen nicht gegeben sind."

Schröer rechtfertigt die Verkehrssicherungspflicht der Geldinstitute mit dem Hinweis, daß die Rechtsprechung von jeher gesteigerte Sorgfaltspflichten der Banken gegenüber der Allgemeinheit anerkannt habe¹⁾. Zur Begründung führt er die Rechtsprechung zur StU an²⁾. Hieraus lassen sich jedoch keine Anhaltspunkte für eine Verkehrssicherungspflicht herleiten, da die Rechtsprechung niemals eine Korrektur der StU über § 823 BGB (der Ausgangsvorschrift für die Verkehrssicherungspflicht) versucht hat, sondern stets über § 826 BGB. Allerdings muß zugegeben werden, daß das RG den § 826 BGB oftmals so verwässert hat, daß ein Unterschied zu § 823 BGB kaum mehr feststellbar war.

Die eigentlichen Bedenken gegen die Konstruktion Schröers müssen m.E. aber an anderer Stelle gesehen werden. Schröer legt ausführlich dar³⁾, daß auch ungeschriebene Rechtsnor-

1) Schröer, S. 68 ff

2) A.a.O., S. 72 ff

3) A.a.O., S. 102 ff

men, die dem Schutze eines anderen dienen, als Schutzgesetze im Sinne des § 823 II BGB anerkannt werden müssen. Er sagt aber nicht, warum eine Verkehrssicherungspflicht, die auch das Vermögen schützt, ein ungeschriebener Rechtssatz ist. Von einem solchen Rechtssatz kann nur gesprochen werden, wenn er durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft erzeugt¹⁾ worden ist. Insoweit hat er Ähnlichkeit mit dem Gewohnheitsrecht. Diese Voraussetzungen sind aber bei der von Schröer konstruierten Verkehrssicherungspflicht nicht vorhanden. Er stellt die das Vermögen schützende Verkehrssicherungspflicht mehr als Forderung auf und ist sich bewußt, daß eine solche Pflicht noch keineswegs anerkannt ist²⁾.

C) Die Rechtsgrundlage des § 826 BGB

Wenn man von einer auf Gesetz beruhenden Rechtspflicht spricht, so werden im allgemeinen darunter Fälle verstanden, in denen das Gesetz selbst einzelnen Personen genau umgrenzte Rechtspflichten zum Handeln ausdrücklich auferlegt. Hierzu gehören im Zivilrecht z.B. die Unterhaltspflicht der Verwandten untereinander und die Aufsichtspflicht über Minderjährige, um Schädigungen Dritter durch sie zu vermeiden. Eine ähnliche Pflicht zur Offenlegung von Sünden gibt es jedoch nicht.

Es fragt sich daher, ob nicht die gesetzliche Vorschrift des § 826 BGB selbst als Rechtsgrundlage für eine Offenlegung in Betracht kommt³⁾. Das Problem bedarf eingehender Untersuchung, da in diesem Fall die Rechtspflicht zum Tun

-
- 1) Definition des Gewohnheitsrechts nach Enn.-Nipperdey, Allgemeiner Teil, 1. Halbbd., S. 261
 - 2) So im Ergebnis auch Westermann, Interessenkollisionen, S. 36
 - 3) Zustimmend: u.a. Palandt-Gramm, § 826 BGB, Anm. 2 f; RGR-Komm. § 826 BGB, Anm. 2; Soergel-Lindenmaier, § 826 BGB, Anm. 3; Planck, § 826 BGB, Anm. II 3 b) Zeta; Nipperdey, Kontrahierungszwang, S. 53 ff
Ablehnend: Traeger, Unterlassungsdelikte, S. 125; Hueck, Treuegedanke, S. 10; Feuerhake, Rechtspflichten, S. 49

und die Schadensersatzpflicht derselben Vorschrift entnommen werden. Von Westermann ist § 826 BGB als Rechtsgrundlage nicht erwähnt worden.

Die Vorschrift des § 826 BGB enthält den letzten und allgemeinen gesetzlichen Maßstab für menschliches Verhalten. Die guten Sitten bilden die Richtschnur für das Verhalten gegenüber jedem Dritten auch gegenüber dem völlig Fremden¹⁾. Da sich herausgestellt hat, daß zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger bei verständiger Auslegung des Begriffs keine irgendwie gearteten vertragsähnlichen Beziehungen bestehen, kann auf das Verhältnis zwischen ihnen nur § 826 BGB angewendet werden.

Wegen der umfassenden Bedeutung der Vorschrift ist es verständlich, daß sie nicht nur im Zivilrecht eine große Rolle spielt, sondern auch im Strafrecht²⁾ diskutiert wird. Auf beiden Rechtsgebieten wird die Frage erörtert, ob aus § 826 BGB eine Rechtspflicht zum Tun hergeleitet werden kann und ob daher ein Täter zum Schadensersatz verurteilt bzw. bestraft werden muß, wenn er schuldhaft eine solche Rechtspflicht verletzt hat. Da die Erörterung dieser Fragen im Strafrecht eher einsetzte und zu einem anderen Ergebnis führte, soll hierauf zunächst kurz eingegangen werden.

1. Keine Rechtspflicht zum Tun aus § 826 BGB im Strafrecht

Ein Unterlassen ist im Strafrecht rechtswidrig, wenn eine außerstrafrechtliche Rechtspflicht zum Handeln besteht. Es werden auch die Bezeichnungen spezielle Rechtspflicht oder Garantenpflicht³⁾ zur Erfolgsabwendung gebraucht. Dieser Pflicht werden die sittliche Pflicht und die allgemeine Nothilfepflicht des § 330 c StGB gegenübergestellt. Von

1) Hueck, Treuegedanke, S. 9

2) S. unten S. 76

3) Welzel, Strafrecht, S. 190 mit Hinweis auf Nagler (GS 111,1)

jeher wurde ein Unterschied zwischen Rechtsordnung und Sittenordnung gemacht. In § 826 BGB überschneiden sich diese Ordnungen, so daß der Streit entstehen konnte, ob § 826 BGB eine Rechtspflicht oder nur eine sittliche Pflicht ist.

Als erster dürfte wohl von Liszt¹⁾ dieses Problem aufgegriffen haben. Er leitet aus § 826 BGB eine Rechtspflicht ab, da eine sittliche Pflicht, deren Verletzung Rechtsfolgen nach sich ziehe, eben dadurch zur Rechtspflicht werde. Die Folgerungen, die sich daraus für das Strafrecht ergeben, will von Liszt aber keinesfalls ziehen, obwohl er sich bewußt ist, eine befriedigende Begründung dieser Inkonsequenz nicht bieten zu können. Einen konsequenten Standpunkt vertritt Stammler²⁾, der § 826 BGB mit allen Konsequenzen anwenden will. Demgegenüber lehnt Traeger³⁾ die Anwendung des § 826 BGB im Strafrecht ab, da diese Vorschrift allenfalls eine Nothilfepflicht begründe.

Das übrige Strafrechtsschrifttum beschäftigt sich kaum mit dem Problem des § 826 BGB. Lediglich Mezger⁴⁾, von Hippel⁵⁾ und Frank⁶⁾ stellen ohne Begründung fest, daß eine bloß moralische Pflicht auch nicht über dem Umweg über § 826 BGB eine strafrechtliche Haftung begründen könne. Von Hippel bezeichnet diese Ansicht als die herrschende Meinung. Für das Strafrecht dürfte dieses auch heute noch richtig sein. Nach dem Kriege hat bei § 826 BGB eine ähnliche rückläufige Entwicklung eingesetzt wie bei § 242 BGB⁷⁾. Während des Dritten Reiches wurde angestrebt, den Unterschied zwischen Rechtsordnung und Sittenordnung in

1) Deliktsobligationen S. 74 ff

2) Lehre vom richtigen Recht S. 294 ff

3) Unterlassungsdelikte S. 77 ff

4) Lehrbuch S. 139

5) Strafrecht S. 166

6) § 1 StGB Anm. IV. 2.

7) S. oben S. 71

dem Begriff der völkischen Ordnung aufgehen zu lassen. Als allgemeiner Maßstab wurde an die Stelle der guten Sitten das gesunde Volksempfinden gesetzt. Da diese Entwicklung als verfehlt angesehen wurde, ist man heute besonders darauf bedacht, die Rechtspflicht von den sittlichen Pflichten abzugrenzen.

2. Rechtspflicht zum Tun aus § 826 BGB im Zivilrecht

An dieser Stelle muß zunächst daran erinnert werden, daß die Rechtspflicht aus § 826 BGB im Rahmen des unter § 826 BGB subsumierten Kreditbetruges durch Unterlassen geprüft wird. Dass § 826 BGB durch Unterlassen begangen werden kann, wurde bereits erwähnt¹⁾ und entspricht der herrschenden Meinung. Es fragt sich aber, ob sich aus demselben § 826 BGB, aus dem sich der Anspruch auf Schadensersatz ergibt, auch gleichzeitig die Rechtspflicht zum Tun herleiten läßt.

Die Frage nach der Rechtspflicht aus § 826 BGB kann im Zivilrecht nicht einfach mit dem Hinweis auf den Unterschied von Recht und Sitte verneint werden. Dieser Gesichtspunkt hat zwar auch im Zivilrecht Bedeutung. Er ist aber hier nicht so konsequent durchgeführt worden, wie gerade an der Existenz des § 826 BGB zu sehen ist. Die in den Kommentaren zum Ausdruck kommende herrschende Lehre bejaht eine Rechtspflicht aus § 826 BGB. Die Ausführungen hierzu sind aber zumeist kurz und unergiebig, so daß weiter unten noch gesagt werden muß, ob im Schrifttum eine klare Stellungnahme zu finden ist.

a) Die zustimmende herrschende Lehre

Die herrschende Lehre, die von den meisten Kommentaren wiedergegeben wird, macht sich die Antwort auf die Frage nach der Rechtspflicht aus § 826 BGB ziemlich leicht.

1) S. oben S. 41 f

Während zu § 823 BGB in gleichmäßiger Ausführlichkeit die Rechtspflichttheorie abgehandelt wird und in der Regel Gesetz, Vertrag und allgemeine Verkehrspflicht als mögliche Anspruchsgrundlagen unterschieden werden, begnügt man sich bei § 826 BGB, mit einer allgemeinen Formulierung der Rechtspflicht zum Tun zuzustimmen. Eine Unterlassung ist sittenwidrig, wenn das Handeln einem sittlichen Gebot entspricht¹⁾, oder wenn das Handeln nach der Anschauung billig denkender Menschen geboten ist²⁾, oder wenn die unterlassene Tat nach den Anforderungen der guten Sitten hätte vorgenommen werden müssen³⁾.

In einigen Kommentaren wird im Anschluß an diese Formulierung eine einschränkende Interpretation gegeben. So heißt es bei Soergel⁴⁾: "Niemand ist verpflichtet, sich in törichte Geschäftsführung eines anderen durch Warnung oder Aufklärung einzumischen." Nach Planck ist eine Unterlassung nur bei äußerster Leichtfertigkeit und Gewissenlosigkeit und bei besonderer Vertrauensstellung des Schädigenden gegenüber dem Geschädigten sittenwidrig⁵⁾. Bei Staudinger⁶⁾ wird allgemein festgestellt, daß bloße Unterlassungen selten als Verstoß gegen die guten Sitten erachtet werden können.

Bei näherer Betrachtung dieser Formulierungen fällt zunächst auf, daß bei ihnen niemals von einer Rechtspflicht die Rede ist. Diese Feststellung wird von Staudinger⁷⁾ bestätigt, der unter Verweisung auf eine RG-Entscheidung⁸⁾ ausdrücklich sagt, daß eine Unterlassung auch ohne Verletzung einer Rechtspflicht sittenwidrig ist, wenn das Handeln nach Anschauung billig denkender Menschen geboten war. Durch diese

1) Palandt-Gramm, § 826 BGB, Anm. 2 f; RGR-Komm. § 826 BGB, Anm. 2

2) Soergel-Lindenmaier, § 826 BGB, Anm. 3 mit Hinweis auf RG JW 10, 470; 11, 761; Recht 10 Nr. 1734; SeuffArch 65 Nr. 168

3) Planck, § 826 BGB, Anm. II 3 b) Zeta (S. 1763) mit Hinweis auf Warn. 14 Nr. 38, 185

4) Soergel-Lindenmaier, § 826 BGB, Anm. 3

5) RG JW 08 Nr. 3261

6) Staudinger-Engelmann (9. Aufl.) 1929, § 826 BGB, Anm. 3 a mit weiteren Hinweisen

7) Staudinger-Engelmann a.a.O.

8) Warn 16 Nr. 254, 17 Nr. 456

Regelung scheint die Rechtspflichttheorie an einer entscheidenden Stelle zu versagen.

Als weitere Besonderheit ergibt sich aus den Kommentaren, daß bei der Untersuchung, ob eine Unterlassung sittenwidrig ist, wiederum auf die Sittenwidrigkeit verwiesen wird. Während im Normalfall eine Unterlassung dann rechtswidrig ist, wenn sich aus einer anderen Vorschrift eine Rechtspflicht zum Handeln ergibt, scheint hier die Rechtspflicht aus derselben Vorschrift entnommen zu sein, aus der sich auch die Schadensersatzfolge ergibt.

b) Ausführlichere und abweichende Ansichten im Schrifttum

aa) Die zustimmende Ansicht Nipperdeys

Zur Begründung eines Kontrahierungszwanges aus § 826 BGB hat Nipperdey¹⁾ sechs Thesen aufgestellt, von denen die erste und die letzte hier wichtig sind:

- "1. Eine Schadenszufügung durch Unterlassen ist rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung bestand. - Während in dem genannten Beispiel sich die Pflicht zum Tun aus einem außerhalb des Tatbestandes der unerlaubten Handlung liegenden Rechtsverhältnis ergab (Aufsichtspflicht eines Kindermädchens), kann im Falle des § 826 BGB diese Pflicht schon im Tatbestand und zwar als seine notwendige Voraussetzung begründet sein. ...
6. Eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung besteht, wenn eine Unterlassung in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zufügen würde."

Nipperdey wendet diese Thesen dann auf den Kontrahierungszwang an. Wenn statt des Wortes Kontrahieren das Wort Offenlegen gesetzt wird, so lautet sein Ergebnis: Wenn durch das Nichtoffenlegen in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zugeführt werden würde, dann besteht eine Rechtspflicht zur Schadensverhütung durch Offenlegen: ein Offenlegungszwang. Nipperdey entnimmt also die Rechtspflicht

1) Kontrahierungszwang S. 53 ff

zum Tun dem § 826 BGB, also derselben Vorschrift, aus der sich auch der Schadensersatzanspruch ergibt. Warum dieses bei § 826 BGB möglich ist, wird jedoch nicht gesagt.

bb) Die ablehnende Ansicht Traegers

Traeger glaubt, daß sich aus § 826 BGB allenfalls eine Nothilfepflicht ableiten lasse¹⁾, aber auch eine solche wird am Schluß der Abhandlung verneint²⁾. Der Begriff "Nothilfepflicht oder allgemeine Beistandspflicht" ist von Traeger aus dem Strafrecht übernommen und eine Folge des Parallelismus. Immer wieder läßt er durchblicken oder spricht es ausdrücklich aus, daß bezüglich der Rechtspflichttheorie zwischen Strafrecht und Zivilrecht keine Unterschiede bestehen können. Seine Abhandlung führt dann auch den Parallelismus konsequent durch, und es ist gerade diese Konsequenz, die seine Ausführungen so einleuchtend und abgerundet erscheinen lassen.

Traeger sieht die Parallelerscheinung darin, daß nur dann für einen unerlaubten Erfolg Schadensersatz geleistet werden dürfe, wenn im Strafrecht wegen eines strafrechtlichen Erfolges bestraft würde, umgekehrt müsse im Zivilrecht die Schadensersatzpflicht fortfallen, wenn im Strafrecht nicht der Erfolg bestraft würde, sondern nur auf Grund eines echten Unterlassungsdeliktes. Anders ausgedrückt: Bei unechten Unterlassungsdelikten besteht Haftung für den Erfolg, d.h. im Strafrecht Bestrafung für den Erfolg, im Zivilrecht Schadensersatz; bei echten Unterlassungsdelikten besteht keine Haftung für den Erfolg, d.h. im Strafrecht Bestrafung nur für das Unterlassen, im Zivilrecht kein Schadensersatz.

Die Unterscheidung von echten und unechten Unterlassungsdelikten geht auf die parallele Unterscheidung von allge-

1) Unterlassungsdelikte S. 78

2) A.a.O. S. 121

meinen Beistandspflichten und speziellen Rechtspflichten zurück, die von Traeger im Strafrecht entwickelt und ebenfalls ins Zivilrecht übertragen wurde. Ein echtes Unterlassungsdelikt wird durch Verletzung einer allgemeinen Beistandspflicht begangen, ein unechtes Unterlassungsdelikt durch Verletzung einer speziellen Rechtspflicht. Ziemlich unvermittelt¹⁾ wird sodann von Traeger festgestellt, daß § 826 BGB höchstens eine Nothilfepflicht enthalte, und daß es dadurch zum unechten Unterlassungsdelikt würde. Folge hiervon sei aber, daß für den nichtgehinderten Erfolg kein Schadensersatz zu leisten sei und daher auch nicht von eigentlicher Nothilfepflicht gesprochen werden könne.

Neben dieser Folgerung aus dem System werden auch noch andere Gründe erwähnt, die zum Teil schon bei der strafrechtlichen Behandlung des § 826 BGB zur Sprache kamen, nämlich Verquickung von Moral und Recht, keine Beziehung zur Entstehung des Schadens und daher uferlose Ausdehnung der Rechtspflichten, Unklarheit über die sittlichen Pflichten.

Trotz der bestechenden Systematik Traegers und seiner Unterscheidung bei Unterlassungsdelikten und Rechtspflichten, die fast unbestrittenes Gut der Strafrechtslehre geworden sind, besteht doch das grundsätzliche Bedenken, ob die Anerkennung der Rechtspflichttheorie im Strafrecht und Zivilrecht einen so weitgehenden Parallelismus zur Folge haben muß. Bei § 823 II BGB gerät Traeger sogar nach seiner eigenen Ansicht in Konflikt mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes²⁾. Nach Traeger sind nämlich die §§ 139 und 360 Ziff. 1o StGB³⁾ Schutzgesetze⁴⁾ im Sinne des § 823 II BGB. Bei ihrer Verletzung muß also Schadensersatz geleistet wer-

1) Unterlassungsdelikte S. 77

2) Unterlassungsdelikte S. 125

3) An die Stelle des § 139 ist § 138 StGB getreten. § 360 Ziff. 1o StGB ist durch § 330 c StGB ersetzt worden

4) Ebenso RGR-Komm. § 826 BGB, Anm. 2 unter Hinweis auf Weimar DR 1937, 77; ferner Erman-Drees, § 826 BGB, Anm. 12 c) aa); a.A. Welzel, NJW 53, 328

den. Traeger glaubt mit einschränkender Interpretation über diese Vorschriften hinwegzukommen, gleichwohl wird hier die Fragwürdigkeit seines Parallelismus deutlich.

Die zweite Behauptung Traegers, aus der Unterscheidung von echten und unechten Unterlassungsdelikten ergäbe sich, daß für eine Nothilfepflicht nach § 826 BGB kein Schadensersatz zu leisten sei und daher von einer eigentlichen Pflicht gar nicht gesprochen werden könne, ist schon widerlegt durch den Konflikt mit § 823 II BGB in Verbindung mit § 330 c StGB.

Darüber hinaus aber stehen Traegers Behauptungen zu § 826 BGB nicht in Einklang mit seinen sonstigen Ausführungen. Dies wird deutlich, wenn man vergleicht, welche weitgehende Rechtspflichten zum Tun Traeger aus Gewohnheitsrecht ableitet¹⁾. Er nimmt eine spezielle Rechtspflicht an für denjenigen, in dessen Herrschaftsbereich durch Zufall oder durch fremde Schuld ein gefahrdrohender Zustand entstanden ist. Man fragt sich, warum Traeger hier - mit Recht - so weitgehende Pflichten anerkennt, sich aber bei § 826 BGB so sehr sträubt, eine Rechtspflicht anzunehmen.

Zwischen dem Fall, daß in meiner Wohnung eine Person durch eigene Schuld eingeschlossen wurde und nur ich sie befreien kann, und dem anderen Fall²⁾, daß in einer einsamen Gegend ein Mensch in Not geraten ist, dem nur ich, und zwar ohne Schwierigkeiten, helfen kann, besteht m.E. kein Unterschied, der eine andere Entscheidung rechtfertigt. In beiden Fällen bin ich es, der allein helfen kann. Ob diese Situation dadurch hervorgerufen ist, daß anderen Personen der Zutritt in meine Wohnung verwehrt ist oder dadurch, daß andere Personen sich in der einsamen Gegend nicht aufhalten,

1) A.a.O. S. 104 und 109

2) A.A. Traeger, Unterlassungsdelikte, S. 108

ist unwesentlich. In beiden Fällen ist ein gefahrdrohender Zustand in meinem Herrschaftsbereich entstanden, einmal ist es ein rechtlicher Herrschaftsbereich, das andere Mal ein tatsächlicher.

Nach alledem kann die Auffassung Traegers, daß § 826 BGB allenfalls eine Nothilfepflicht enthalte, nicht überzeugen. Nach Traegers eigenen Ausführungen zu der gewohnheitsrechtlich begründeten Rechtspflicht erscheint es sinnvoller, aus § 826 BGB eine echte Rechtspflicht abzuleiten.

cc) Die ablehnende Ansicht Huecks

Die Darlegungen von Hueck¹⁾ zu § 826 BGB sind sehr kurz. Er stellt nur thesenförmig in wenigen Zeilen die Wesensmerkmale des § 826 BGB zusammen: §§ 138 und 826 BGB bilden einerseits die Richtschnur gegenüber jedem Dritten, andererseits legen sie aber auch keine positiven Pflichten auf, sondern verbieten nur jede Tätigkeit, die gegen die guten Sitten verstößt. Es ist erstaunlich, daß angesichts der herrschenden Meinung, die eine Rechtspflicht aus § 826 BGB herleitet, solche Sätze ohne weitere Begründung aufgestellt werden können. In der Besprechung²⁾ des Vortrages wird denn auch darauf hingewiesen, daß die von Hueck aufgestellten Unterscheidungen keine absolute Gültigkeit beanspruchen können, und es werden die von Hueck verwendeten allgemeinen Formulierungen, daß die guten Sitten nur "gewissermaßen" eine negative Funktion erfüllten und nur "im allgemeinen" Unterlassungspflichten erzeugten, besonders hervorgehoben.

c) Eigene Stellungnahme: Bejahung der Rechtspflicht

Die eigene Ansicht ist zum Teil schon bei der Kritik Traegers zum Ausdruck gekommen. Hier ist nun noch die Frage zu beantworten, warum bei § 826 BGB Rechtspflicht zum Tun und Scha-

1) Treuegedanke S. 10

2) Fechner, DRZ 49, 94

densersatzpflicht derselben Vorschrift entnommen werden können.. M.E. muß zur Begründung auf die ratio legis des § 826 BGB zurückgegangen werden: Er soll über alle formellen Rechte und Rechtsbehelfe hinweg ein Recht höherer Ordnung und wahre innere Gerechtigkeit zur Geltung bringen. Die guten Sitten sind der letztmögliche rechtliche Maßstab. Das gilt auch für die Rechtspflicht zum Tun. Ihr Inhalt kann sich auch nur nach den guten Sitten richten. Während aus § 823 BGB kein Gebot der Schadensverhinderung abgeleitet werden kann, da ein solches einfach nicht zu erfüllen wäre, hält sich das Gebot aus § 826 BGB in vernünftigen Grenzen, da es nur im Rahmen der guten Sitten gilt. Nur das Moment der guten Sitten ermöglicht es, bei § 826 BGB aus dem Verbot, in sittenwidriger Weise zu schädigen, ein Gebot, in sittengemäßer Weise Schaden zu verhüten, abzuleiten.

Zwei Beispiele sollen die abstrakten Ausführungen näher erläutern. A kommt zufällig an einen Fluß und sieht dort den ertrinkenden B. Obwohl er ihn ohne Gefahr retten könnte, läßt er den anderen untergehen, um der Familie des B ihren Ernährer zu nehmen. Hier ist durch die von A unterlassene Rettung der Familie des B ein Vermögensschaden entstanden, den A vorsätzlich gewollt hat. Oder: der Wanderer W sieht in einem kleinen Wäldchen einen Brand entstehen, den er ohne Schwierigkeiten löschen könnte. Er tut es aber nicht, da er dem Eigentümer E, mit dem er verfeindet ist, den Schaden gönnt. Hier ist durch die von W unterlassene Löschung dem E ein Schaden entstanden, den W vorsätzlich gewollt hat.

In beiden Fällen versagen die normalen Anspruchsgrundlagen zur Begründung einer Rechtspflicht. A und W kommen ganz zufällig mit der gefährlichen Situation in Berührung, es besteht keinerlei sonstige Verbindung oder Vereinbarung. Aber dieser Zufall verliert seine Unverbindlichkeit in dem Augen-

blick, da A und W sich der Situation bewußt werden und nun als verantwortliche Menschen zur Entscheidung aufgerufen sind. Jetzt gibt es keine neutrale Haltung mehr, sondern nur noch ja oder nein.

Aus diesen Fällen ergibt sich, daß in der Tat Situationen vorkommen, die so sehr an die guten Instinkte im Menschen appellieren, in der Gesetzessprache ausgedrückt: die so sehr auf die Realisierung der guten Sitten drängen, daß sich eine Pflicht zu sittengemäßigem Handeln auch und gerade für den Menschen ergibt, der zufällig dieser Situation inne wird, und daß eine bewußte Entscheidung gegen die guten Sitten eine Verletzung dieser Pflicht bedeutet. Die zufällig auftauchende, unausweichlich an die guten Sitten appellierende Situation ist also die Grundlage für das Hilfsmittel, das die Unterlassung dem positiven Tun gleichstellt, und für das Bindeglied, das die Unterlassung als kausal für den Schaden erscheinen läßt.

Zu der Frage, wann im Einzelfall eine Situation so geartet ist, daß eine falsche Entscheidung gegen die guten Sitten verstößt, ist eine unübersehbare Kasuistik entwickelt worden. Immer wieder sind zusammenfassende Formeln aufgestellt worden. Die gebräuchliche Umschreibung des Sittenverstoßes ist: Handeln gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden. Nipperdey¹⁾ sagt: "Ein Verstoß gegen die guten Sitten im Rechtssinne ist die Nichterfüllung der sittlichen Mindestforderungen, die die heute geübte Moral des deutschen Volkes für das Handeln des Rechtsgenossen aufstelle."

Die grundsätzliche Möglichkeit, daß aus § 826 BGB eine Rechtspflicht zum Tun abgeleitet werden kann, bedeutet je-

1) Kontrahierungszwang S. 61

doch für die SÜ sehr wenig. Die genannten Beispiele zeigen, wie eine Situation geartet sein muß, damit § 826 BGB angewendet werden kann. Solche Fälle dürften im Zusammenhang mit der SÜ kaum vorkommen.

Es sei zunächst daran erinnert, daß die Offenlegungspflicht nach § 826 BGB nur im Falle der "mala fides superveniens" durch Unterlassen¹⁾ eine selbständige Bedeutung erlangt. Es muß sich also um eine ursprünglich ungefährliche SÜ handeln, die nachträglich gefährlich geworden ist. Diese Entwicklung muß der Sicherungsnehmer beobachtet haben, ähnlich wie in den oben genannten Beispielen²⁾ der A den ertrinkenden B und W den Waldbrand gesehen hatten.

Hier zeigt sich schon, daß ein Vergleich mit der SÜ kaum möglich ist. Die Situationen des ertrinkenden B und des entstehenden Waldbrandes sind eindeutig und schnell zu erkennen und appellieren daher unmittelbar und dringend an die Verantwortlichkeit des hinzukommenden Menschen. Demgegenüber ist die Gefährlichkeit der SÜ das Ergebnis vielfältiger Ursachen, die kaum einwandfrei festgestellt werden können, da es sich im Grunde um die Kreditunwürdigkeit des Schuldners handelt. Es sind kaum Fälle denkbar, in denen sich der Sicherungsnehmer sagen müßte: Hier ist die SÜ gefährlich geworden, hier muß sie also offengelegt werden.

Um diese Schwierigkeit zu umgehen, hat die Rechtsprechung dem Sicherungsnehmer eine Prüfungspflicht³⁾ auferlegt. Er muß also den Schuldner ständig beobachten, um rechtzeitig zu erkennen, wann sich dessen Vermögenslage so verschlechtert hat, daß die SÜ gefährlich im Sinne der Rechtsprechung geworden ist.

1) S. oben S. 43

2) S. oben S. 84

3) S. oben S. 22 u. 33

Dieser Fall hat nun kaum noch etwas mit den zu § 826 BGB angeführten Beispielen zu tun. Mit demselben Recht könnte die Rechtsprechung den Wanderer W zum Schadensersatz verurteilen, weil er an einem heißen und trockenen Sommertag durch einen Wald gegangen ist und einen beginnenden Brand nicht entdeckte, obwohl er ihn bei sorgfältiger Beobachtung hätte entdecken können. An diesem Beispiel wird deutlich, wie wenig hier von einer Nichterfüllung der sittlichen Mindestforderungen¹⁾ gesprochen werden kann. Wenn gleichwohl die Fälle der nachträglich gefährlich gewordenen SÜ über § 826 BGB gelöst werden, so nur durch eine Ausdehnung der Vorschrift, die mit ihrem ursprünglichen Inhalt nur noch wenig gemeinsam hat.

Vierter Abschnitt: Die praktische Durchführung der
Schadensverhinderung durch Offenlegung der SÜ

Die Definition der Offenlegung der SÜ als Schadensverhinderungspflicht macht deutlich, daß sie nur eine von theoretisch beliebig vielen Möglichkeiten ist, den durch eine gefährliche SÜ drohenden Schaden zu verhindern. Die Rechtsprechung bestätigt dieses Ergebnis, denn es kommt ihr nicht darauf an, daß die durch eine umfangreiche SÜ drohende Gefahr gerade durch Offenlegung beseitigt wird. Im Gegenteil! Die Rechtsprechung nimmt - wie bereits erwähnt -²⁾ im allgemeinen die Undurchsichtigkeit der SÜ als unabänderlich hin und versucht, die Gefahr der SÜ durch Begrenzung ihres Umfanges zu beseitigen. Dieses Vorgehen der Rechtsprechung ist auch der Grund, weswegen den Problemen der Offenlegung nur eine untergeordnete Bedeutung zukommt.

Die Rechtsprechung befaßt sich daher fast gar nicht mit der praktischen Durchführung der Offenlegung. Sie sagt selbst,

1) Nipperdey, Kontrahierungszwang S. 61

2) S. oben S. 3 u. 33

daß die Offenlegung durch Warnung der für eine Kreditgewährung in Betracht kommenden Drittgläubiger nicht durchführbar ist¹⁾, da der Sicherungsnehmer sie nicht kennt. Zwei andere Möglichkeiten der Offenlegung werden von einzelnen Entscheidungen noch kurz erwähnt, nämlich 1. die Einwirkung des Sicherungsnehmers auf den Schuldner, seinen Geschäftsgläubigern den Umfang der SÜ zu offenbaren²⁾; 2. die Auskunftserteilung des Sicherungsnehmers, wenn ein Gläubiger des Schuldners sich nach dem Bestehen von SÜen erkundigt³⁾.

Im Schrifttum werden noch zwei weitere Möglichkeiten der Schadenverhinderung erwähnt. Westermann⁴⁾ spricht - wie bereits erwähnt - von der "Buchoffenkundigkeit". Er versteht hierunter die Maßnahmen, die der Schuldner in der Regel ergreift, um die SÜ in den Lägern kenntlich zu machen oder um erfolgte Abtretungen in der Buchführung auszudrücken (z.B. die Führung von Sicherungsbüchern). Hier handelt es sich also um eine wirkliche - wenn auch begrenzte - Offenlegung der SÜ. Westermann sagt, wenn die Buchoffenkundigkeit vorhanden sei, könne von einer Täuschung dessen, der in den Betrieb Einsicht nehme, nicht die Rede sein.

Aus dem letzten Satz geht hervor, daß die Buchoffenkundigkeit nur wirkt, wenn der Drittgläubiger den Betrieb besichtigen kann und ihm die Bücher vorgelegt werden. Es wurde bereits erwähnt⁵⁾, daß den Lieferanten diese Einsichtnahme in der Regel verweigert wird. Auf diese Schwierigkeit hatte bereits das RG⁶⁾ hingewiesen und daraus den Schluß gezogen, die Geheimhaltungsabsicht sei trotz der Kennzeichnung der übereigneten Waren nicht ausgeschlossen, wenn nicht ersicht-

1) RG 136, 258

2) SeuffArch 88, 231; KG NJW 55, 1558

3) KG NJW 55, 1558

4) Interessenkollisionen S. 35, vgl. auch oben S. 60

5) S. oben S. 14

6) JW 31, 515

lich sei, "wie die Sichtbarmachung zur Kenntnis der Gläubiger hätte kommen sollen". Normalerweise werden es nur die Banken, die einen größeren Kredit geben, und die Hauptlieferanten sein, denen die Besichtigung des Betriebes gestattet wird. Die Masse der kleinen Gläubiger hat diese Möglichkeit nicht. Ihr kann daher auch die Buchoffenkundigkeit nicht helfen, die Kreditwürdigkeit des Schuldners zu prüfen.

Die Offenlegung der SÜ kann auch in der Weise erfolgen, daß diese selbst und damit die Gefahrenquelle beseitigt wird. Es handelt sich hier um das von Hoeniger¹⁾ geforderte rechtzeitige Schlußmachen, d.h. um das Drängen des Sicherungsnehmers auf Abwicklung des Kredit- und SÜ-Vertrages bei allzu großer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners. Von einer Offenlegung im eigentlichen Sinne des Wortes kann auch hier nicht gesprochen werden. Sie ist nur eine Folge des Umstandes, daß die vertraglichen Beziehungen zwischen Sicherungsnehmer und Schuldner gelöst werden.

Zusammenfassung

Die Offenlegung wird im Zusammenhang mit der SÜ oft genannt, da mit ihrer Hilfe die Undurchsichtigkeit beseitigt werden kann. Je nachdem, ob man die SÜ kraft Gewohnheitsrechts für zulässig erachtet oder nicht, nimmt die Offenlegung verschiedene Formen an:

I. Vereinzelt gibt es noch Stimmen, die ein Gewohnheitsrecht mehr oder weniger ablehnen und versuchen, aus dem Wesen der SÜ einen allgemeinen Offenlegungszwang herzuleiten. Die Offenlegung erscheint dann als vorbeugender Schutz der Drittgläubiger und ist eine allgemeine Entstehungsvoraussetzung der SÜ²⁾. Sie wird verlangt:

1. entweder bei jeder SÜ
2. oder nur im Verhältnis zu Drittgläubigern.

1) JW 31, 515 und 3060; JW 33, 466 u. oben S. 39

2) S. oben S. 8

II. Nach Ansicht der Rechtsprechung und des überwiegenden Schrifttums ist die SÜ nach § 930 BGB kraft Gewohnheitsrechts zulässig. In diesem Fall ist es erforderlich, die mißbräuchliche Ausgestaltung der SÜ mit Hilfe der §§ 826 und 138 BGB zu unterbinden. Wegen des unterschiedlichen Inhalts dieser Vorschriften erscheint auch die Offenlegung in verschiedenen Formen:

1. im Rahmen des Kreditbetruges nach § 826 BGB ist die Offenlegung ein nachträglicher Schutz für die Drittgläubiger, eine Schadensverhinderungspflicht mit dem Inhalt, einen durch eine gefährliche SÜ drohenden Schaden zu verhindern¹⁾,
2. im Rahmen der Gläubigergefährdung nach § 138 BGB ist die Offenlegung eine Entstehungsvoraussetzung unter besonderen Umständen, nämlich bei einer umfangreichen SÜ. Sie hat den Zweck, die Nichtigkeit einer sittenwidrigen (= gefährlichen = umfangreichen) SÜ zu vermeiden²⁾.

Zu Ziffer I:

Da die Gegner der gewohnheitsrechtlichen Zulässigkeit der SÜ nur noch in sehr kleiner Zahl sind, wurden ihre Ansichten in dem vorbereitenden ersten Teil der Arbeit nur kurz behandelt. Als Ergebnis ist festzuhalten, daß keiner der Versuche zum Ziel führt.

Zu Ziffer II 1:

1. Nur im Rahmen des Kreditbetruges nach § 826 BGB tritt die Offenlegung als echte Rechtspflicht auf. Die Behandlung der hier auftauchenden Fragen bildete daher den Schwerpunkt der Arbeit. Da wegen einer Verletzung der Offenlegungspflicht nur verurteilt werden kann, wenn die Verur-

1) S. oben S. 8

2) S. oben S. 47

teilung wegen positiven Tuns entfällt, kamen nur zwei Unterlassungstatbestände in Betracht:

- a) Der Sicherungsnehmer hat schuldlos eine gefährliche SÜ abgeschlossen, bleibt aber untätig, obwohl er nachträglich die Gefährlichkeit erkannt hat¹⁾,
- b) der Sicherungsnehmer bleibt untätig, obwohl er erkennt, daß die von ihm abgeschlossene, ursprünglich ungefährliche SÜ nachträglich gefährlich geworden ist²⁾.

2. Für diese beiden Tatbestände waren die Rechtsgrundlagen zu untersuchen. Da im ersten Fall der Sicherungsnehmer objektiv eine gefährliche SÜ abgeschlossen hat, kam als Rechtsgrundlage ohne weiteres das vorangegangene schuldlose gefährdende Tun zur Anwendung³⁾. Für den zweiten Fall waren die übrigen Rechtsgrundlagen zu untersuchen⁴⁾. Eine Rechtspflicht aus vertragsähnlichen Beziehungen (§ 242 BGB) zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger schied aus, da solche bei sinnvoller Auslegung des Begriffs nicht vorhanden sind. Das gleiche gilt für eine Rechtspflicht auf Grund des sog. sozialen Kontaktes und der Verkehrssicherungspflicht. Eine Rechtspflicht aus § 826 BGB kam nur dann in Betracht, wenn die Situation zwischen Sicherungsnehmer und Drittgläubiger so geartet ist, daß eine Unterlassung der Offenlegung gegen die guten Sitten verstoßen würde, was praktisch kaum vorkommen dürfte.
3. Auch in diesen beiden Fällen wird streng genommen nicht wegen Verletzung einer Offenlegungspflicht zum Schadensersatz verurteilt, sondern nur allgemein wegen Verletzung einer Schadensverhinderungspflicht. Der Sicherungsnehmer ist nämlich nur verpflichtet, den Eintritt eines Schadens

1) S. oben S. 42

2) S. oben S. 43

3) S. oben S. 42 u. 50 ff

4) S. oben S. 44 u. 61 ff

zu verhindern. Auf welche Weise er dies tut, ob durch Warnung der Drittgläubiger oder durch rechtzeitige Abwicklung der SÜ-Verträge (Hoeniger) ist gleichgültig¹⁾.

Zu Ziffer II 2:

1. Wenn eine umfangreiche und undurchsichtige SÜ nach § 138 BGB nichtig ist, so folgt daraus, daß eine umfangreiche SÜ nur zur Entstehung gelangt, wenn sie gleichzeitig offengelegt wird. Durch die Rechtsfolge des § 138 BGB wird entweder die Offenlegung erzwungen oder eine SÜ von geringem Umfang. Die Offenlegung wird auf diese Weise bei einer umfangreichen SÜ zur Entstehungsvoraussetzung.
2. Sie hat in dieser Gestalt aber keine praktische Bedeutung. Nach Meinung der Rechtsprechung ist die Offenlegung nur schwer durchführbar, und sie würde auch das Wesen der SÜ verfälschen. Die Rechtsprechung hat daher mit Hilfe des § 138 BGB in aller Regel nur den Umfang der SÜ bekämpft, die Undurchsichtigkeit aber unberührt gelassen. - Rechtspflichtprobleme in dem bisher gekennzeichneten Sinne konnten bei § 138 BGB nicht auftreten. Daher entfiel auch die Prüfung von Rechtsgrundlagen²⁾.

1) S. oben S. 87

2) S. oben S. 50

Lebenslauf

Am 28. März 1928 wurde ich in Schwelm in Westfalen als Sohn des damaligen Regierungsrats und jetzigen Oberfinanzpräsidenten a.D. Carl Bispinck und seiner Ehefrau Agnes geb. Bonse geboren. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Vom Jahre 1934 ab besuchte ich die Volksschule und seit 1938 das staatliche humanistische Gymnasium Paulinum in Münster. Im August 1944 wurde ich als Luftwaffenhelfer eingezogen und kam anschließend zum Reichsarbeitsdienst, von dem ich bei Kriegsende entlassen wurde. Ab August 1946 nahm ich an einem Sonderlehrgang des Gymnasium Paulinum teil und verließ es mit dem Reifezeugnis am 4. Juli 1947.

Von September 1947 an war ich Lehrling bei der Rheinisch-Westfälischen Bank in Münster und legte am 19. September 1949 die Kaufmannsgehilfenprüfung ab. Seit dem Wintersemester 1949/50 studierte ich Rechtswissenschaft an der Universität in Münster. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 30. November 1953 vor dem Justizprüfungsamt in Hamm.

Im Januar 1954 begann ich den juristischen Vorbereitungsdienst. Diesen unterbrach ich von November 1954 bis Oktober 1955 und arbeitete als Kreditsachbearbeiter bei der Landesbank für Westfalen in Münster. Am 9. Mai 1961 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung vor dem Landesjustizprüfungsamt in Düsseldorf.

Im August 1961 arbeitete ich als Anwaltsassessor bei den Rechtsanwälten Pohlmeier und Elbert in Bad Oeynhausen. Seit dem 1. Oktober 1961 bin ich bei der Industriekreditbank AG, Düsseldorf, angestellt. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 17. Juli 1964.



